Institut d'études politiques de Paris

ECOLE DOCTORALE DE SCIENCES PO

Programme doctoral de droit

École de droit

Doctorat en Droit

Le droit face à l'art corporel

Du corps comme œuvre d'art

Ophélie Wang

Thèse dirigée par Michel Vivant, Professeur des universités émérite à l'Institut d'études politiques de Paris

soutenue le 16 décembre 2020

Jury :

Mme Florence Bellivier, Professeure des universités - Université Paris-Nanterre

Mme Valérie-Laure Benabou, Professeure des universités - Aix-Marseille Université *(rapporteur)*

Mme Marie Cornu, Directrice de recherche - CNRS - ISP *(rapporteur)*

M. Pierre Sirinelli, Professeur des universités émérite - Université Paris 1

M. Michel Vivant, Professeur des universités émérite - Institut d'études politiques de Paris

Remerciements

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Michel Vivant pour avoir dirigé ce travail de thèse et pour m'avoir accompagnée avec disponibilité et bienveillance tout au long de sa réalisation.

Je remercie Madame la Professeure Valérie-Laure Benabou et Madame Marie Cornu de m'avoir fait l'honneur d'être les rapporteures de cette thèse ainsi que Madame la Professeure Florence Bellivier et Monsieur le Professeur Pierre Sirinelli d'avoir bien voulu faire partie de mon jury.

Je remercie tous les membres, professeurs, doctorants et équipe administrative, du laboratoire de l'École de droit de Sciences Po pour m'avoir fourni un environnement stimulant et encourageant pendant ces années de travail.

Je remercie le Centre des politiques en propriété intellectuelle de l'université de McGill et la Faculté de droit de l'Université de Kyoto ainsi que le laboratoire MIL de l'Université Paris-Est Créteil de m'avoir accueillie pour me permettre d'y poursuivre une partie de mes recherches.

Je remercie toutes celles et ceux qui ont contribué à ce travail par leur soutien et leurs discussions, en particulier Juliette Alezraa. Je remercie enfin François Sobry pour son aide, ses conseils et ses corrections.

Principales abréviations

AJDA	Actualités juridiques Droit administratif
art.	article
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CA	cour d'appel
CAA	cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
ch.	chambre
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
comm.	commentaire
Comm. com. élec.	Communication Commerce électronique
Convention EDH	Convention européenne des droits de l'homme
CPI	code de la propriété intellectuelle
D.	Recueil Dalloz
dir.	direction
éd.	édition
Ibid.	*Ibidem* (au même endroit)
JCl.	Juris-Classeur
JCP G	Juris-Classeur périodique, édition générale
n°	numéro
not.	notamment
obs.	observation
op. cit.	*opus citatum* (œuvre citée)
p.	page(s)
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RLDI	Revue Lamy Droit de l'immatériel
RTD civ.	Revue trimestrielle du droit civil

RTD com.	Revue trimestrielle du droit commercial
s.	suivante(s)
t.	tome
TA	tribunal administratif
TGI	tribunal de grande instance
v.	voir
vol.	volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE

Dans l'état de dégénérescence où nous sommes, c'est par la peau qu'on fera rentrer la métaphysique dans les esprits.

Antonin Artaud, « Le théâtre de la cruauté (Premier manifeste) », 1932

En 1972, l'artiste français Michel Journiac présentait à la Galerie Stadler à Paris *Contrat pour un corps*. Dans cette œuvre, l'artiste – l'un des fondateurs du mouvement de l'art corporel – promettait aux collectionneurs de « transformer [leur] corps en œuvre d'art » : il suffisait pour cela de « céder [son] corps à Journiac », puis de mourir[1]. L'artiste ferait ensuite une œuvre d'art de votre squelette.

Ces contrats n'avaient évidemment pas vocation à être exécutés et Michel Journiac s'est contenté d'exposer des squelettes artificiels à côté des termes proposés pour la « transformation ». Toutefois, l'utilisation du terme de contrat n'est pas anodine[2]. Il s'agit d'une utilisation parodique qui vise à moquer, voire à dénoncer, le système d'échange marchand que le contrat symbolise. Le *Contrat sur un corps* est d'ailleurs un contrat dont les termes sont destinés à amuser et ne sont pas prévus pour être exécutés sérieusement. Non seulement les collectionneurs qui accepteraient de s'engager par ce contrat ne pourraient pas être forcés à donner leur corps mais l'exécution du contrat serait même interdite puisque, selon la législation française, les dépouilles humaines doivent être inhumées ou incinérées[3]. Ainsi, les termes du *Contrat pour un corps* sont nuls. Il ne s'agit que d'un simulacre de contrat, dispositif parfois utilisé par les artistes contemporains dans le but de jouer avec les limites de la légalité ou de la

[1] Le texte affiché dans la galerie était le suivant :

« Contrat pour un corps : Transformez votre corps en œuvre d'art
1er contrat – Vous pariez pour la peinture – votre squelette est laqué blanc
2ème contrat – Vous pariez pour l'objet – votre squelette est revêtu de vos vêtements
Conditions : 1) Céder votre corps à Journiac 2) Mourir ».

[2] Le *Contrat pour un corps* sera d'ailleurs suivi d'une autre œuvre, *Contrat de prostitution,* en 1973.

L'utilisation du contrat à des fins artistiques est un dispositif assez fréquent dans l'art contemporain, notamment dans l'art conceptuel. V. D. McClean, « The Artist's Contract: from the Contract of Aesthetics to the Aesthetics of the Contract » *in Mousse Magazine*, n° 25, 2010, p. 194.

[3] CE, 6 janvier 2006, Martinot se fondant en particulier sur l'article L. 2213-7 du code général des collectivités territoriales.

moralité et de déranger l'ordre et la rationalité qui sont associées au contrat – et au droit plus largement[4].

En même temps, et de façon quelque peu paradoxale, le contrat confère une certaine solennité, donne un caractère officiel à l'engagement qui serait pris de donner son corps à l'artiste[5]. Même s'il s'agit d'un contrat qui n'est pas valide en droit français, le fait de reprendre les formes d'un document juridique rend la transaction plus sérieuse. En cela, l'œuvre nous invite aussi à réfléchir sérieusement aux termes contractuels proposés : peut-on, ou plutôt devrait-on pouvoir, donner son corps à l'art comme on le donne à la science ?

Enfin, il nous faut relever que l'œuvre de Journiac n'évoque pas un contrat « sur », mais un contrat « pour », un corps. Il s'agit d'un contrat qui n'aurait pas le corps pour objet mais pour objectif. Certes, le signataire doit « céder son corps » ; toutefois, le but n'est pas, pour l'artiste, d'acquérir un corps mais d'en faire une œuvre d'art. Ainsi le contrat proposé est ambigu : il n'est pas – du moins pas uniquement – un contrat qui réifie le corps puisqu'il vise aussi à le sublimer. Cette transfiguration du corps en œuvre d'art, cette opération presque magique[6], est au cœur de l'art corporel qui fait l'objet de la présente étude. L'art corporel, que nous définirons précisément plus bas, est en effet art qui utilise le corps (celui de l'artiste ou celui d'autrui) pour en faire une œuvre d'art, dans des réalisations qui peuvent être aussi diverses que des performances, des installations se servant d'éléments ou produits du corps, des tatouages ou des modifications corporelles.

L'œuvre d'art corporel, qui relève à la fois du corps humain et de l'œuvre d'art, est un objet hybride. Dès qu'elle est confrontée au droit, que ce soit au stade de sa création ou de son exploitation, elle le déstabilise, met à mal les catégories juridiques établies, révèle les fondations et les présupposés des instruments juridiques qui entendent la saisir. C'est à l'étude de cette confrontation, si riche d'enseignements pour la matière juridique, que notre travail se dédie.

[4] Par exemple, le collectif d'artistes danois Superflex a produit en 2009 une œuvre intitulée *Corruption Contract* (contrat de corruption) qui se présente sous les formes d'un document juridique. Par ce « contrat », le signataire s'engage à participer à des activités de corruption (fraude, détournement de fond, etc.). Les artistes, très engagés politiquement, visaient à dénoncer, par ce document évidemment parodique, les crimes et délits financiers tout en explorant les possibilités artistiques des instruments juridiques.

[5] Le contrat à une dimension rituelle et un caractère performatif que peuvent exploiter des artistes de performance pour intégrer la cession de l'œuvre à l'œuvre elle-même. Ainsi, les *Zones de sensibilité picturale immatérielle* d'Yves Klein furent vendues selon un protocole strict déterminé par l'artiste (délivrance d'un reçu qui devait être brûlé par l'acquéreur) et qualifié par lui de « rite de cession ». De même, l'artiste britannique Tino Sehgal procède à la cession de ses œuvres par un contrat oral très détaillé dont les termes sont énoncés par l'artiste à l'acheteur devant notaire et témoins, lors d'une vente qui revêt l'apparence d'une cérémonie.

[6] V. sur ce phénomène, A. Danto, *La transfiguration du banal*, Le Seuil, 1989.

Les nombreuses questions ainsi soulevées par les œuvres d'art corporel mobilisent différents domaines du droit et sont liées à la fois au statut juridique du corps et à l'encadrement de l'art.

Qu'une œuvre soit aussi un corps – et un corps souvent poussé dans des situations extrêmes et dangereuses – implique d'abord d'examiner ce qu'il possible de faire avec son corps, et en particulier ce qu'il est possible de faire avec son corps en tant qu'artiste. Cela nous conduit nécessairement à réfléchir à la notion d'autonomie personnelle et à ses limites dans le contexte spécifique de la création artistique – et ainsi à l'étudier en relation au principe de liberté de création artistique.

Il s'agit aussi d'étudier les modes d'exploitation des œuvres d'art corporel et ce qu'ils révèlent sur la capacité du droit, notamment du droit d'auteur, à encadrer juridiquement les innovations artistiques dans la pratique. Sur un plan plus principiel, l'étude de la confrontation entre l'œuvre d'art corporel et le droit permet d'observer comment la première interroge le second en déstabilisant les notions qui sont au fondement du droit d'auteur (celles d'auteur et d'œuvre) mais aussi, plus largement, en produisant des œuvres d'art qui se situent à la limite des catégories de chose et de personne.

Ainsi l'art corporel ne pose pas uniquement problème au droit parce qu'il constitue un objet difficile à cerner dans les cadres juridiques existants ; il permet aussi, à un niveau théorique, d'étudier ces mêmes cadres. En effet, l'art corporel se révèle un outil particulièrement efficace pour interroger le fonctionnement des notions et des catégories juridiques ainsi que leurs limites. À ce titre, trois perspectives se distinguent. En premier lieu, l'œuvre d'art corporel intrigue par sa nature ambiguë, à la croisée de plusieurs catégories juridiques habituellement pensées comme mutuellement exclusives : elle est à la fois l'œuvre et l'auteur, une chose et une personne. Elle permet donc de tester les limites des oppositions binaires qui fondent ces notions juridiques. En deuxième lieu, à un niveau plus conceptuel, l'art corporel est particulièrement intéressant en ce qu'il suppose l'incarnation dans un corps, corps qui renvoie au concret, au singulier et peut déstabiliser le droit en se heurtant aux catégories juridiques abstraites et générales[7]. En dernier lieu, l'œuvre d'art corporel stimule la réflexion, parfois de manière provocante, autour du droit à disposer de soi. Elle est le fait d'un artiste qui est un sujet particulièrement intéressant à observer parce qu'il constitue le modèle de l'individu libre et

[7] V. par exemple, E. Dockès et G. Lhuilier, « Introduction » *in* E. Dockès et G. Lhuilier, *Le corps et ses représentations*, Litec, 2001, p. 10 : « Le droit qui appartient au monde de l'abstraction sort profondément ébranlé d'une confrontation aux faits bruts, et particulièrement à ce fait premier qu'est l'existence des corps humains. »

autonome[8]. Certes, l'idée selon laquelle l'artiste symboliserait le summum de la liberté, qu'il s'agirait d'une personne dont l'activité devrait se situer au-dessus des contingences de la vie quotidienne, est le fruit d'une représentation culturelle historiquement construite[9], mais cette représentation n'en a pas moins un effet tout à fait réel sur la façon dont notre culture conçoit la création artistique. Lorsqu'un artiste engage son corps dans une réalisation artistique, il en devient impossible d'arguer qu'il ne le fait pas de façon autonome – qu'il est, par exemple, victime de conditions socio-économiques – puisqu'il agit au nom de l'art dans une recherche de créativité et d'expression de soi. Ainsi, étudier ce qu'il est possible de faire avec son corps dans un contexte artistique, dans quelles activités il est possible de l'engager pour l'art, est particulièrement intéressant : l'art corporel constituerait, en quelque sorte, un terrain d'étude, un champ d'expérience qui se situerait comme en dehors des frictions de la réalité et qui permettrait de tester, dans ce « vide », les limites du droit à disposer de soi.

Nous exposerons l'histoire et préciserons notre acception de notre objet d'étude, l'art corporel (I), avant d'examiner les questions juridiques qu'il soulève (II) puis de montrer que ces question nous conduisent à distinguer les interrogations que pose le corps dans ses fonction de matériau et de vecteur de l'œuvre d'art (III).

I. Histoire et délimitation de l'art corporel

L'expression « art corporel » peut presque apparaître comme un oxymore. En effet, l'art, et en particulier l'art visuel, semble habiter un domaine de la pure visualité, domaine d'où le corps dans sa matérialité serait exclu. Selon le sociologue Bernard Lahire, l'art « est structurellement et intrinsèquement lié à des sociétés hiérarchisées qui ordonnent verticalement le monde selon une échelle qui oppose un haut, sacré et spirituel, à un bas, profane, matériel et corporel »[10] – et l'histoire de l'art correspond à sa constitution en tant que domaine séparé du reste du monde et à son accession au sacré. Alors que l'art s'élève, comme le sacré, dans une sphère autonome, le corps, au contraire, reste circonscrit au monde réel et matériel.

---

[8] C'est ce qu'écrit notamment le philosophe canadien Charles Taylor dans *Le Malaise de la modernité,* Lexio, 2015, p. 69 : « La création artistique devient le paradigme de la définition de soi. L'artiste est promu en quelque sorte au rang de modèle de l'être humain, en tant qu'agent de la définition originale de soi. »

[9] V. N. Heinich, *L'élite artiste. Excellence et singularité en régime démocratique*, Gallimard, 2005.

[10] B. Lahire. *Ceci n'est pas qu'un tableau : Essai sur l'art, la domination, la magie et le sacré*, La Découverte, 2015, p. 209.

Cela explique en partie la recrudescence d'intérêt, voire l'obsession[11], de l'art contemporain pour le corps humain. En faisant entrer le corps dans l'art, l'art contemporain cherche à entrer dans le monde profane, à interroger l'autonomie de l'art et à se démarquer de l'esthétique désincarnée de l'art moderne. Pour cela, l'art contemporain montre le corps de multiples manières et à travers de multiples médiums (photographie, installation, sculpture, art vidéographique, performance, etc.). Au milieu de ces pratiques artistiques très diverses, nous nous intéressons à l'utilisation du corps qui est la plus nouvelle et la plus radicale : son utilisation directe et immédiate. Ces œuvres présentent le corps (celui de l'artiste ou celui de modèles, voire des éléments ou produits du corps) sans passer par la représentation.

Il s'agit donc de performances ou d'installations qui utilisent le corps humain, ou des parties de ce dernier. À l'image de l'art contemporain en général, l'art corporel prend aujourd'hui des formes extrêmement différentes et est produit par des artistes aux propos extrêmement variés, parfois totalement incompatibles. Les types d'œuvres que nous serons amenés à étudier sont donc également très divers. Le corps peut ainsi devenir l'œuvre de manière très directe, et constituer le matériau même de la création, ou n'en constituer qu'un support ou qu'un outil. Parfois l'œuvre peut aussi n'utiliser qu'un élément ou un produit du corps humain.

Toutefois, au-delà de cette diversité formelle, les caractéristiques qui rassemblent les œuvres d'art corporel – œuvres qui mettent le corps humain au centre de l'œuvre et le montrent directement et sans médiation – semblent renvoyer à des problématiques communes. De par leur nature ambiguë – à la fois œuvre d'art et corps humain, entre chose et personne – elles soulèvent certainement des questions juridiques qu'elles éclairent de manière inédite. Du fait d'être incarnées, elles conduisent à s'interroger sur ce qu'il est possible de faire avec un corps et mobilisent notamment les notions d'autonomie personnelle et de dignité humaine. Du fait d'être des œuvres d'art, elles posent la question de la compatibilité entre la liberté d'expression de l'artiste et le respect de contraintes juridiques – imposées notamment pour protéger le corps – et déstabilisent les notions fondamentales du droit d'auteur que sont l'auteur et l'œuvre de l'esprit.

Le terme d'art corporel fait souvent référence à un courant particulier de l'histoire de l'art car il est utilisé comme équivalent de l'anglais *body art*. Dans cette acception, il désigne les performances des années 1970 reposant sur un usage extrême du corps. Ce courant artistique,

[11] L. Vergine, *Body Art and Performance. The Body as Language*, Skira, 2000, p. 8.

actif surtout aux États-Unis et en France, est représenté par des figures telles que Chris Burden, Gina Pane ou Michel Journiac. Ces artistes dont les pratiques pouvaient être assez diverses ont émergé pendant la même période et, du fait de la centralité du corps dans leurs œuvres, ils ont été comparés et regroupés en mouvement par les critiques – notamment par François Pluchart, auteur des manifestes de l'art corporel[12]. Or, bien que nous citions régulièrement des œuvres qui relèvent du *body art*, notre étude ne s'y limite pas. De même, notre utilisation du terme « art corporel » ne se réfère pas spécifiquement à ce courant mais désigne toutes les réalisations artistiques qui utilisent directement le corps humain ou ses éléments ou produits.

Nous reviendrons plus bas sur les motivations qui ont décidé d'une telle délimitation large de notre objet d'étude (B), mais souhaitons dès l'abord replacer cet objet dans son contexte historique (A). En effet, ce contexte permet de comprendre les enjeux et l'importance de l'art corporel dans l'histoire de l'art. Ainsi, cette perspective historique est utile à la fois pour définir notre objet d'étude et pour en comprendre l'intérêt.

A. Le corps dans l'art : genèse de l'art corporel

L'art corporel représente une rupture qui s'annonce pourtant en filigrane dans la place que tient historiquement le corps dans l'art, notamment dans l'art moderne. L'évolution du corps dans l'art peut être étudié aussi bien du point de vue du corps du modèle représenté que celui de l'artiste et même de celui du public.

- ***Le corps du modèle : de la représentation à la présence***

L'histoire de la représentation du corps peut être lue comme l'histoire d'une diversification des manières de montrer le corps. De plus, le nu, en tant que genre pictural, pose des questions spécifiques sur la relation de l'art au corps, et notamment au corps féminin.

[12] F. Pluchart, « Manifestes de l'art corporel » *in L'art au corps,* Musée de Marseille - Réunion des muses nationaux, 1996, p. 472-478.

- *Corps et anatomie*

Le corps dans l'histoire de l'art a principalement été étudié sous l'angle de la représentation[13]. Le corps est alors perçu tel qu'il a pu être dessiné, peint ou sculpté à travers l'histoire de l'art. Ces images du corps sont alors étudiées, en histoire de l'art, pour illustrer l'évolution des techniques de représentation des êtres humains mais aussi, plus largement, parce qu'elles peuvent nous permettre d'accéder au rapport que différentes cultures passées entretenaient au corps[14] et aux idéaux de beauté[15].

Depuis la Renaissance, dans l'art pictural occidental, la représentation du corps s'appuie sur des connaissances scientifiques et accompagne les progrès de la médecine et de la compréhension du fonctionnement mécanique du corps humain. L'image du corps est alors perçue à travers la discipline de l'anatomie, discipline à la fois artistique et médicale[16]. Les œuvres de cette période reflètent cet intérêt par la résurgence du nu antique et la production d'études de proportions – dont le plus célèbre exemple est l'*Homme de Vitruve* de Léonard de Vinci. Dans l'art classique, l'importance de représenter le corps humain de façon exacte, conforme à la réalité physiologique, perdure et, encore aujourd'hui, la discipline de l'anatomie est essentielle dans l'enseignement des écoles d'art[17].

Au XX[e] siècle, les corps se font plus divers. L'exactitude anatomique laisse ainsi place, avec l'art moderne, à des corps incorrects, déviants ou bizarres : corps déstructurés de Picasso, Bacon ou Modigliani, corps émaciés de Giacometti ou corps hybrides et inquiétants d'Ernst. L'art contemporain renforce encore cette diversité des représentations en s'ouvrant à de nouveaux médiums[18]. L'art numérique par exemple explore l'image du corps en proposant des figures oniriques, comme dans les installations de Bill Viola, ou déstabilisantes, comme les *Self-hybridations* d'Orlan.

---

[13] V. par exemple l'anthologie *L'art et le corps*, Phaïdon, 2016.

[14] V. par exemple N. Laneyrie-Dagen et J. Diebold, *L'invention du corps : la représentation de l'homme du Moyen âge à la fin du XIXe siècle*, Flammarion, 1997.

[15] V. G. Vigarello, *Histoire de la beauté. Le corps et l'art d'embellir de la Renaissance à nos jours*, Seuil, 2004 et U. Eco (dir.), *Histoire de la beauté*, Flammarion, 2004.

[16] C. Pieters, « L'anatomie entre art et science au XVIe siècle : autopsie d'un regard » *in Communication et langages*, n° 127, 2001, p. 61-77.

[17] P. Comar (dir.), *Figures du corps : Une leçon d'anatomie à l'école des Beaux-Arts*, Ecole nationale supérieure des Beaux-Arts, 2008.

[18] V. S. O'Reily, *The Body in Contemporary Art*, Thames & Hudson, 2009.

Cependant, l'enjeu principal du corps dans l'art contemporain a été de dépasser la représentation et de s'affranchir du médium. Les années 1950 voient ainsi l'apparition des prémices de l'art corporel[19], qui connaît son apogée dans les années 1970. Ce mouvement se distingue par la centralité du corps (souvent celui de l'artiste même) et, surtout, par la volonté de montrer le corps directement plutôt que de le représenter : c'est le corps même qui fait l'œuvre.

- *L'art du nu*

Parmi les images artistiques du corps, les représentations du corps nu tiennent une place particulière puisqu'elles constituent une figure « quasi constitutive du développement de l'art en Occident »[20]. L'art pictural occidental exalte en particulier la beauté des corps de jeunes femmes[21] ; ainsi, le nu, et surtout le nu féminin, s'est établi comme un véritable genre de la peinture, au même titre que la nature morte ou le paysage[22].

La définition traditionnelle du nu repose sur une distinction entre les notions de nu et de nudité (*nude* et *nakedness* en anglais). Cette distinction est établie par l'historien de l'art britannique Kenneth Clark, auteur d'une étude classique sur le nu datant de 1956[23] :

> « La nudité, c'est l'état de celui qui est dépouillé de ses vêtements ; le mot évoque en partie la gêne que la plupart d'entre nous éprouvent dans cette situation. Le mot "nu" en revanche, dans un milieu cultivé, n'éveille aucune association embarrassante. L'image imprécise qu'il projette dans notre esprit n'est pas celle d'un corps transi et sans défense, mais celle d'un corps équilibré, épanoui et assuré de lui-même : le corps re-modelé. »[24]

---

[19] Avec notamment le mouvement des actionnistes viennois en Europe et le *gutai* au Japon.

[20] P. Comar, « Une leçon d'anatomie à l'Ecole des beaux-arts » *in* P. Comar (dir.), *Figures du corps : Une leçon d'anatomie à l'école des Beaux-Arts*, Ecole nationale supérieure des Beaux-Arts, 2008, p. 65.

[21] V. notamment J. Berger, *Voir le voir*, Editions Alain Moreau, 1976, p. 51.

[22] V. en particulier, K. Clark, *Le Nu*, Hachette, 1969.

Aujourd'hui le nu est peu utilisé comme catégorie d'analyse en histoire de l'art. Toutefois cette classification est encore opérante comme le montrent les expositions autour du genre du nu, par exemple « Masculin / Masculin. L'homme nu dans l'art de 1800 à nos jours » organisé au Musée d'Orsay en 2013.

[23] K. Clark, *Le Nu*, Hachette, 1969 pour la traduction française.

[24] K. Clark, *Le Nu*, Tome 1, Hachette, 1969, p. 19.

Le nu serait ainsi le corps représenté à travers le regard et la main de l'artiste et s'oppose de la nudité qui serait naturelle. Cette définition selon laquelle l'art (en l'occurrence le nu) serait une version de la nature (la nudité) « re-modelée » par l'artiste répond à une conception romantique du rôle de ce dernier : l'artiste doit avoir une vision particulière du monde et la faire partager au public. Cette conception se retrouve d'ailleurs dans la notion juridique de l'auteur en droit d'auteur. Ainsi, la différence entre nu et nudité est reprise par Bernard Edelman pour illustrer la notion d'auteur. Il distingue lui aussi la nudité, « sorte d'état d'une neutralité absolue », du nu, produit d'une « opération artistique »[25] et note que cet écart entre la nudité est le nu est ce qui fait, juridiquement, l'auteur : « est un auteur celui qui “augmente”, traduction artistique de l'action de l'homme sur la nature »[26].

La production de nus féminins et son analyse par des historiens de l'art tels que Kenneth Clark ont été critiqués. Le caractère fondamentalement inégalitaire du nu, qui présente le corps féminin comme un objet « livré en spectacle »[27] à un observateur « qui est censé être un homme »[28], est notamment mis en lumière par le critique britannique John Berger. Selon ce dernier, « les femmes sont peintes d'une toute autre façon que les hommes, non parce que le féminin est différent du masculin, mais parce que l'on tient pour acquis que le spectateur “idéal” est toujours mâle, et que l'image de la femme est faite pour le flatter »[29]. Le nu, en tant que genre artistique qui répond à certaines conventions (beauté du modèle, composition du tableau, etc.), produit donc une image normative du corps des femmes destinée à plaire au regard masculin[30]. C'est pourquoi le nu féminin dans l'art occidental, d'ailleurs en général peint par des artistes hommes[31], représente des femmes passives et soumises aux regards extérieurs[32].

---

[25] B. Edelman, « L'œil du droit : Nature et droit d'auteur » *in* B. Edelman, *Le droit saisi par la photographie*, Flammarion, 2001, p. 191.

[26] *Ibid.*

[27] J. Berger, *op. cit.*, p. 58.

[28] *Ibid.*

[29] J. Berger, *op. cit.*, p. 70.

[30] V. aussi L. Nead, *The Female, Nude: Art, Obscenity and Sexuality*, Routledge, 1992 ou, développant une analyse similaire spécifiquement sur l'*Olympia* de Manet, T.J. Clark, « Preliminaries to a Possible Treatment of Olympia in 1865 » *in Screen*, vol. 21, n° 1, 1980, p. 18–42.

[31] L. Nead, *op. cit.,* p. 15.

[32] Cette réflexion peut être mise en parallèle à la notion de regard masculin (*male gaze*) développée en études cinématographiques et utilisée plus généralement pour analyser la culture visuelle. Cette notion désigne le fait que les corps féminins sont presque systématiquement représentés comme s'ils étaient vus à travers le regard d'un homme hétérosexuel, comme de potentiels objets de désir. Elle a été introduite par la critique et réalisatrice britannique Laura Mulvey dans un article fondateur, « Visual Pleasure and Narrative Cinema » *in Screen*, vol.16, n° 3, 1975, p. 6–18.

La place d'objet (du regard et du désir) qui a été assignée aux femmes dans l'histoire de l'art aurait été confortée par le genre pictural du nu féminin, ce que dénonce le groupe artistique féministe Guerilla Girls dans les années 1980. Les activistes, sur un célèbre poster créé en 1989[33], notent ainsi que seuls 5 % des artistes exposés dans la section d'art moderne du Metroplitan Museum of Art de New-York sont des femmes tandis que 85 % des nus représentaient des modèles féminins.

Or, l'art corporel, surtout dans les années 1960 et 1970, est investi en particulier par des femmes artistes. Il ne s'agit pas d'un hasard si ces artistes, qui ont pour objectif d'affirmer leur capacité à créer, choisissent précisément le corps – et souvent leur corps propre – comme médium d'expression. L'utilisation du corps, notamment du corps féminin, comme outil, comme matériau et comme œuvre leur permet de remettre en cause la position du corps des femmes comme objet passif soumis au regard en faisant de ce corps le créateur de l'œuvre d'art. Il est également significatif que tant d'artistes de la même période explorent la nudité : elles font ainsi référence – parfois explicitement[34] – au genre du nu féminin tout en le rejetant au profit de son opposé, la nudité. Cette nudité est, certes, offerte aux regards mais elle n'est pas une représentation destinée à plaire à un public masculin : il s'agit d'une nudité en action et créatrice de sens. Ainsi, selon l'artiste et critique britannique Sally O'Reilly, « l'un des épisodes les plus influents pour le corps dans l'art contemporain furent les travaux féministes des années 1970, lorsque le nu traditionnel termina sa métamorphose de l'objectification ou de l'image métaphorique à la confrontation et au sujet conscient de lui-même »[35]. Les œuvres de l'artiste américaine Carolee Schneemann illustrent très adéquatement cette métamorphose. Cette artiste effectue, à partir des années 1960, des performances qui explorent la nudité en alliant obscénité et réflexion critique, dont *Interior Scroll*[36], créé en 1975, est l'exemple le plus célèbre. Dans ces œuvres, Schneemann « est à la fois un "nu féminin" et l'autorité artistique transformant une

---

[33] Le poster, intitulé *Do women have to get naked to get into the Met. Museum?* et représentant une version satirique de la *Grande Odalisque* d'Ingres, a initialement été affiché à New-York en 1989. De nouvelles versions du poster reprenant le même visuel mais présentant des chiffres actualisés ont été produites en 2005 (3% de femmes artistes, 83% de nus féminins) et en 2012 (4% de femmes artistes, 76% de nus féminins).

[34] J. Perrin, « Le nu féminin en mouvement » *in Communications*, vol. 92, n° 1, 2013, p. 173-182.

[35] S. O'Reilly, *The Body in Contemporary Art*, Thames & Hudson, 2009, p. 13, traduction libre de l'anglais.

[36] Pour cette performance créée à New-York, Carolee Schneemann retire et déroule un rouleau de papier de son vagin avant de lire le texte qui y est inscrit, une conversation à propos de la création féminine. Par cette action, elle évoque son rapport à l'art, à la féminité et à son propre corps.

Cette performance à fait l'objet de photographies restées célèbres qui sont dans les collections de plusieurs grands musées (Tate de Londres, Centre Pompidou à Paris et Musée Reina Sofia à Madrid, notamment).

action en œuvre d'art »[37] et dépasse ainsi une histoire de l'art qui fait du corps des femmes des objets ornementaux.

- ***Le corps de l'artiste : de l'outil à l'œuvre***

Le corps de l'artiste qui était un outil de création, outil permettant la perception du monde et la transformation de cette perception en œuvre d'art, est devenu, dans l'art corporel, le centre même de l'œuvre.

- *L'œil et la main*

Selon la conception romantique et moderne, l'artiste traduit dans son œuvre une certaine vision du monde. Il est celui qui possède une manière différente, originale, de percevoir son environnement et qui est capable de faire partager cette perception au public. L'artiste serait ainsi celui qui voit différemment et – se rapprochant de la figure du génie, du visionnaire ou du prophète – celui qui est capable de voir une vérité plus profonde ou plus pure que les personnes ordinaires[38].

L'importance primordiale du corps de l'artiste, et en particulier de son « œil », dans la production d'une œuvre est soulignée par Merleau-Ponty dans son ouvrage sur la peinture, *L'œil et l'esprit*[39]. C'est parce qu'il voit le monde que l'artiste est ensuite capable de le peindre :

> « C'est en prêtant son corps au monde que le peintre change le monde en peinture. Pour comprendre ces transsubstantiations, il faut retrouver le corps opérant et actuel, celui qui n'est pas un morceau d'espace, un faisceau de fonctions, qui est un entrelacs de vision et de mouvement. »[40]

[37] R. Mader et N. Schweizer, « "Your Body is a Battleground" De quelques objets de l'histoire de l'art » *in Nouvelles Questions Féministes*, vol. 24, n° 1, 2005, p. 75.

V. aussi *ibid.,* p. 77 : « Le corps ainsi mis en scène peut être lu comme une "objet dialectique" […] c'est-à-dire que la nudité en action de Schneeman la positionne à la fois comme objet du regard et comme sujet de ce qui est donné à voir. »

[38] N. Heinich, *L'élite artiste. Excellence et singularité en régime démocratique*, Gallimard, 2005, en particulier p. 101 et s.

[39] M. Merleau-Ponty, *L'Œil et l'Esprit*, Gallimard, 1985.

[40] *Ibid.,* p. 16.

Cette réflexion est inspirée à Merleau-Ponty par l'œuvre de Cézanne et par la peinture moderne plus largement ; elle ne signifie pas qu'il s'agit pour un artiste de retranscrire fidèlement le visible[41]. C'est une perception plus profonde qui doit inspirer son œuvre : l'artiste doit pouvoir faire partager sa subjectivité à travers ses impressions, ses sensations, etc. Selon les mots de Max Ernst, « le rôle du peintre est de cerner et de projeter ce qui se voit en lui »[42].

La vision de l'artiste passe ensuite par une certaine technique. En effet, l'artiste n'est pas uniquement la personne qui voit mais aussi celle qui est capable de faire partager cette vision, de la transférer dans une œuvre d'art – ce qui nécessite une capacité technique. Ainsi la vision de l'artiste perçue par son œil est retranscrite par sa main – c'est-à-dire, encore une fois, par son corps. La création d'une œuvre d'art implique donc une réalisation personnelle. Elle est faite de la main de l'artiste. L'importance de l'implication du corps de l'auteur dans la réalisation de l'œuvre se retrouve d'ailleurs en droit d'auteur puisque selon l'acception traditionnelle de l'originalité, pour les arts plastiques et graphiques, l'auteur doit mettre « la main à la pâte »[43] afin de marquer l'œuvre de l'empreinte de sa personnalité.

Avec l'art moderne, le tableau n'est plus seulement le résultat d'une technique maîtrisée mais peut naître d'une pulsion corporelle de l'artiste. Dans les tableaux de Pollock, l'engagement corporel physique que nécessite la technique du *dripping* est très manifeste[44]. Il ne s'agit alors pas uniquement d'un geste de la main mais du corps entier de l'artiste, d'un élan physique qui créée le dynamisme de la toile finale. Le geste n'est pas effacé au profit du résultat mais, au contraire, se rend visible dans l'œuvre. La peinture de Pollock pourrait ainsi être décrite comme une « action visible »[45] qui rend la trace du corps de l'artiste présente sur la toile. Des artistes qui utilisent le corps comme médium principal se revendiquent de cet héritage. Les artistes de Fluxus, par exemple, reconnaissent l'importance de Pollock et son influence sur les *happenings*[46]. Il est effectivement possible de tracer une généalogie de la performance qui aurait

---

[41]*Ibid.,* p. 61 et s.

[42] G. Charbonnier, *Le Monologue du peintre*, Editions de la Villette, 2002, p. 34.

[43] H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, n° 59.

[44] Le *dripping* est une technique de peinture qui a notamment été utilisée par des artistes de l'*action painting*. Elle consiste à éclabousser la toile de peinture en la jetant à l'aide de pinceaux, bâtons ou autres ustensiles, ce qui permet de créer des motifs abstraits évoquant des mouvements dynamiques.

[45] R. Barthes utilise l'expression en évoquant l'œuvre de Cy Twobly dans « Cy Twombly ou Non multa sed multum » *in* R. Barthes, *L'obvie et l'obtus*, Seuil, 1982, p. 157.

[46] V. notamment A. Kaprow, « L'héritage de Jackson Pollock » *in* A. Kaprow, *L'art et la vie confondus*, Editions du Centre Pompidou, 1996, p. 32-39.

Fluxus est un mouvement artistique d'avant-garde né aux États-Unis dans les années 1960. Regroupant des artistes tels que John Cage, Allan Kaprow ou Ben. Vautier, il a pour objectif de créer un art « total » qui abolirait les

pour origine la peinture de Pollock, ou du moins les photographies de l'artiste en train de peindre prises par Hans Namuth en 1950 qui montrent l'œuvre comme le résultat presque accidentel d'une action corporelle plus large[47].

- *Le corps vécu de l'art corporel*

Depuis les années 1960, les artistes montrent leur propre corps dans leurs œuvres au lieu de représenter des modèles ou d'utiliser des interprètes. Certes, pendant la même période, des artistes contemporains continuent à peindre ou à sculpter d'autres corps et, même dans la performance, peuvent utiliser des modèles ou des interprètes – c'est d'ailleurs le cas pour des artistes pourtant connus pour faire partie du courant *body art* comme Michel Journiac[48]. Cependant, cette tendance de l'art contemporain à vouloir montrer, voire exhiber, le corps de l'artiste est très nette[49]. D'ailleurs, la performance est souvent caractérisée par l'engagement direct du corps de l'artiste, à tel point qu'un tel engagement peut faire partie de la définition du genre[50].

Malgré le pont entre art moderne et contemporain que peuvent établir Pollock et l'*action painting*, l'art corporel constitue une rupture importante. En effet, l'art moderne réprime et efface le corps de l'artiste. Ainsi, Amelia Jones affirme que « le corps est resté, pendant plus de deux siècles, l'"objet phobique" de l'art moderne »[51] parce que l'idéal moderne privilégiait un artiste qui serait un « sujet cartésien transcendant »[52] (et donc désincarné).

S'opposant frontalement à cet idéal moderne, les artistes qui montrent et utilisent leurs corps se posent en sujets immanents, singuliers et incarnés. L'artiste de l'art corporel expose un corps socialement situé, vécu et éminemment personnel. Cela explique pourquoi l'art corporel est

---

distinctions entre genres artistiques et la frontière élitiste entre l'art et la vie. Pour ce faire, les artistes du Fluxus organisaient des événements ou *happenings* qui ont fortement influencé l'art de la performance.

[47] E. Verhagen, « Au-delà du cadre. L'art de la Performance » *in Études*, t. 398, n° 6, 2003, p. 799-808, établit cette généalogie entre Pollock et les artistes du Fluxus et Paul McCarthy. L'auteur souligne que Pollock exerce cette influence sur l'art de performance parce que son art révèle la temporalité qui était refoulée par les modernistes.

V. aussi A Jones, « Essai » *in* T. Warr et A. Jones, *Le corps de l'artiste*, Phaidon, 2005, p. 21 et s.

[48] Il utilise notamment un modèle pour sa pièce *Piège pour voyeur* (Galerie Martin Malburet, Paris,1969).

[49] L. Vergine, *Body Art and Performance. The Body as Language*, Skira, 2000, p. 8.

[50] T. de Duve, « Performance ici et maintenant : l'art Minimal, un plaidoyer pour un nouveau théâtre » *in* T. de Duve, *Essais datés I, 1974-1986*, Editions de la Différence, Paris, 1987, p. 159-205.

[51] A. Jones*, op. cit.* p. 20.

[52] *Ibid.*

particulièrement investi par des artistes dont les corps sont marginalisés dans l'histoire de l'art traditionnelle (corps malades, souffrants, féminins, non blancs, etc.).

- ***Le corps du spectateur : de réception à l'action***

L'art corporel entraîne une prise en compte accrue du corps du spectateur, aussi bien en tant que moyen de percevoir l'œuvre d'art qu'en tant que présence concrète dans le contexte d'exposition.

- *Le corps et la perception de l'art*

L'art, pour le spectateur, est une expérience sensorielle. Les arts plastiques ou visuels s'adressent à la vue. L'appréciation de l'art passe ainsi toujours par le corps qui sert d'interface à l'expérience artistique en ce qu'il nous permet de percevoir une œuvre d'art. D'ailleurs, l'art relève en philosophie, du domaine de l'esthétique, la science du sensible, ainsi opposé à l'intelligible[53]. Pourtant l'observateur, comme d'ailleurs l'artiste, reste souvent conçu, par l'esthétique et l'histoire de l'art, comme un être désincarné[54].

De nouvelles conceptions de l'esthétique visent à rendre compte de la dimension corporelle de la réception d'une œuvre d'art. Le philosophe américain Richard Shusterman développe à partir des années 1990, la notion de soma-esthétique. Cette notion met l'accent sur le fait que l'expérience esthétique de l'art est une expérience physique, ressentie par le corps :

> « Notre appréciation des beautés de l'art possède une dimension corporelle importante, non pas tant parce que nous les appréhendons à travers nos sens physiques (telle la proprioception que l'esthétique a traditionnellement négligée) mais en raison des valeurs émotionnelles de l'art qui, à l'instar de toutes les émotions, ne peuvent être vécues que physiquement. »[55]

---

[53] M. Jimenez*, Qu'est-ce que l'esthétique ?,* Gallimard, 1997, p. 19 et s.

[54] A. Jones écrit ainsi (*op. cit*., p. 20) : « L'histoire de l'art et la critique moderne, dans la lignée de l'esthétique de Kant, se fondent sur l'effacement du sujet singulier, incarné et désirant ; l'artiste et le critique se doivent d'être transcendants et non immanents (incarnés). »

[55] R. Shusterman, « Le corps et les arts : le besoin de soma-esthétique » *in Diogène*, vol. 233-234, n° 1, 2011, p. 28.

Ainsi, il ne s'agit plus penser le corps comme un moyen de percevoir l'œuvre (à travers les sens) mais de voir l'art comme une expérience éminemment corporelle.

En parallèle à ces réflexions théoriques, les artistes produisent des œuvres qui sont davantage faites pour le corps, et pas uniquement pour les yeux, des observateurs. Déjà dans l'art moderne, certains tableaux, relevant en particulier du courant de l'expressionisme abstrait, tentent de provoquer une expérience corporelle. Par exemple, les toiles très grand format de Barnett Newman proposent un véritable champ d'immersion qui permet au spectateur de ressentir une expérience de l'espace et du temps[56]. Avec l'art contemporain et l'élargissement des médiums d'expression, certains artistes ont tenté de prendre en compte plus directement le corps du public, ce qui se traduit par la production d'œuvres qui ne se limitent pas à solliciter la vue du spectateur mais qui sont faites pour provoquer une expérience corporelle globale. C'est le cas, assez évidemment, de certaines installations de grande taille qui peuvent être touchées, dans lesquelles les spectateurs peuvent entrer, qui les plongent dans une certaine ambiance lumineuse ou musicale, etc. Les sculptures de l'artiste américain Richard Serra, par exemple, sont souvent monumentales et permettent aux spectateurs de circuler entre les pans de métal qui les constituent. Leur taille, volontairement plus haute que celle d'une personne humaine, doit provoquer un effet d'écrasement et un sentiment d'insécurité. Dans le travail de Serra, le corps du spectateur devient la mesure de l'œuvre.

L'art corporel, et en particulier l'art de performance, constitue aussi un exemple encore plus radical de prise en compte du corps des spectateurs. D'une part, certaines pratiques participatives visent à libérer les corps des spectateurs qui, même lorsqu'il existe une coprésence du public et de l'artiste comme dans le spectacle vivant, sont traditionnellement des observateurs passifs. Les *happenings* de Fluxus, par exemple, dans les années 1960, visaient à supprimer le statut de spectateur pour ne compter que des participants[57]. Les performances participatives permettent aux membres du public d'intervenir et d'influencer l'action, faisant de leurs corps une partie intégrante de l'œuvre.

D'autre part, les performances, en particulier dans l'art corporel des années 1960 et 1970, sont faites pour provoquer des réactions corporelles chez les spectateurs – ce qui est une forme, certes moins directe, d'implication dans l'œuvre. Ces performances peuvent ressembler au

[56] V. G. Didi Huberman, *Devant le temps : histoire de l'art et anachronisme des images*, Éditions de Minuit, 2000.
[57] A. Kaprow, « La participation dans la performance » *in* A. Kaprow, *op. cit*., p. 216-230.

« théâtre de la cruauté » voulu par Artaud[58], en ce que ce dernier se veut un théâtre cathartique s'adressant aux corps des spectateurs et vise à « faire du théâtre une réalité à laquelle on puisse croire, et qui contienne pour le cœur et les sens cette espèce de morsure concrète que comporte tout sensation vraie »[59]. De la même façon, les performances mettent en place des dispositifs qui visent à faire éprouver aux spectateurs des sensations et des émotions souvent violentes : dégoût, horreur, pitié, etc. Ces performances jouent sur l'empathie qui se met en place entre les observateurs et l'artiste[60]. Ainsi, dans l'art corporel, la coprésence de l'artiste et du public permet une indentification du spectateur et de l'artiste, et de l'artiste et de l'œuvre[61].

- *Le corps dans l'espace d'exposition*

Le développement de l'art contemporain s'est aussi accompagné d'une réflexion sur le corps du spectateur et sur son expérience concrète de l'art, par exemple dans l'espace d'exposition. Ainsi, le critique irlandais Brian O'Doherty a écrit une série d'articles à la fin des années 1970 pour évoquer l'espace d'exposition du « cube blanc »[62]. Ces galeries au style très épuré constituent le cadre d'exposition privilégié pour les œuvres d'art moderne ou contemporain. Leur esthétique répond, selon le critique, aux idéaux artistiques austères des œuvres modernistes. Ce « cube blanc » met donc en valeur le formalisme de l'art moderne[63] : il aspire à la neutralité en visant à épurer l'expérience de contemplation et à isoler l'œuvre d'art de toute information qui viendrait en perturber l'appréciation. Ce faisant, l'espace du « cube blanc » efface aussi le corps du spectateur qui n'a pas sa place dans cet environnement dépouillé[64]. Celui-ci encourage la contemplation des œuvres d'art d'un regard pur et désincarné, qui ne serait pas rattaché à un corps. Ainsi, dans cet espace, « la présence de ce meuble bizarre, votre propre corps, paraît superflue, une intrusion »[65].

---

[58] Sur les liens entre Artaud et l'art corporel, B Ferrando, « A partir d'Artaud » *in Inter*, n° 105, 2010, p. 6–8.

[59] A. Artaud, « Le théâtre et la cruauté » *in* A. Artaud, *Le théâtre et son double*, Gallimard, 1938, p. 91-92.

[60] D'ailleurs, selon S. Delpeux, *Le corps-caméra : Le performer et son image*, Textuel, 2010, p. 11, « la participation et/ou l'empathie sont les modalités de compréhension de l'art d'action ».

[61] Ainsi, le critique Brian O'Doherty évoque une performance de Burden et remarque que l'utilisation du corps de l'artiste « identifie le Spectateur avec l'artiste et l'artiste avec l'art – une sainte trinité ». B. O'Doherty, « The Eye and the Spectator » *in* B. O'Doherty, *Inside the White Cube: The Ideology of the Gallery Space*, The Lapis Press, 1986, p. 64, traduction libre de l'anglais.

[62] Rassemblés dans B. O'Doherty, *Inside the White Cube: The Ideology of the Gallery Space*, The Lapis Press, 1986.

[63] V. sur une conception formaliste du modernisme C. Greenberg, *Art et Culture, essais critiques*, Macula, 1988.

[64] V. notamment, B. O'Doherty, « The Eye and the Spectator » in B. O'Doherty, *op. cit.,* p. 35-64.

[65] B. O'Doherty, « Notes on the Gallery Space » *in* B. O'Doherty, *op. cit*, p. 15, traduction libre de l'anglais. L'auteur continue : « L'espace fait penser que si les yeux et l'esprit sont bienvenus, les corps occupant l'espace ne

Les artistes de performance, notamment dans les années 1970, cherchent à échapper au « cube blanc ». Par exemple, l'artiste Fluxus Allan Kaprow dénonce « les galeries et les musées en forme de boîtes »[66] qui constituent un cadre oppressant et empêchent le développement de nouvelles formes artistiques. Il leur préfère la liberté offerte par les espaces publics et les lieux non dédiés à l'art. Sortir de l'espace de la galerie ou du musée doit aussi permettre, pour Fluxus, de libérer les corps des spectateurs. Alors que la présence d'un public – « leur silhouette particulière, leur couleur, leur nombre, la proximité par rapport à la ou les peintures, ou à la ou les sculptures, et la relation entre les personnes, quand il y en a plus d'une »[67] – participent du contexte dans lequel une œuvre peut être appréciée et a donc une véritable influence sur son aspect final[68], cette influence est niée par la prétendue neutralité des espaces d'exposition traditionnels. Les *happenings* de Fluxus, au contraire, souhaitent inclure les spectateurs dans l'œuvre d'art à l'aide de pratiques participatives qui leur permettent de se déplacer ou d'intervenir dans l'action et, ainsi, d'assumer le rôle créateur du public.

B. Un dialogue avec l'histoire de l'art

Les apports de la théorie et de l'histoire de l'art nous paraissent très importants pour comprendre et situer notre objet d'étude mais ils peuvent aussi être utilisés comme sources de réflexions théoriques. Les analyses historiques ou théoriques de l'art peuvent enrichir notre réflexion juridique. Nous n'entendons pas par là qu'il faudrait que le droit s'adapte systématiquement aux nouvelles formes d'expressions artistiques, ni qu'il conviendrait de « traduire » juridiquement les théories qui peuvent émerger dans d'autres disciplines. Cependant, ces disciplines peuvent éclairer nos réflexions et enrichir notre compréhension, non seulement des œuvres d'art corporel elles-mêmes, mais aussi des raisons pour lesquelles celles-ci peuvent déstabiliser certaines notions juridiques. Nous pouvons donc être amenés à évoquer et à citer

le sont pas – ou ne sont tolérés que comme des mannequins (*mannekins*) kinesthésiques destinés à une étude plus approfondie ».

[66] A. Kaprow, « La forme d'art de l'environnement » *in* A. Kaprow, *op. cit.*, p. 124.

[67] *Ibid.*

[68] Selon Kaprow, l'environnement influence la « forme » même d'une œuvre d'art. Il écrit : « De même qu'une tache de couleur donnée change d'identité ou de "forme" sur des sols différents, une œuvre d'art change selon la forme, l'échelle et le contenu de son "enveloppe". » A. Kaprow, « La forme d'art de l'environnement » *in* A. Kaprow, *op. cit.*, p. 124-125.

régulièrement des sources extra-juridiques issues le plus souvent de l'histoire de l'art et parfois de la philosophie ou de la sociologie de l'art.

Cependant, nous n'effectuons pas un travail d'histoire de l'art – notre perspective est juridique. Cela s'en ressent en particulier dans les choix effectués quant au corpus d'œuvres étudiées qui ne présente pas de cohérence pour l'histoire de l'art. Nous nous intéressons en effet aux œuvres d'art contemporain qui utilisent le corps humain directement, sans médiation de l'image (photographie, dessin, peinture, etc.). Les œuvres dont il est question dans cette étude ne sont donc pas choisies en fonction d'une période précise, d'un mouvement ou d'un lieu géographique particulier[69]. Nous souhaitons au contraire traiter de la façon la plus complète possible de la question du corps utilisé à des fins artistiques en l'illustrant d'exemples divers et sans nous restreindre à une période, un mouvement ou à groupe d'artiste.

Notre seule borne est celle de l'art contemporain. Cela signifie, en matière de chronologie, que nous pouvons évoquer les œuvres qui relèvent des prémices de l'art corporel, dans les années 1950, aussi bien que les œuvres les plus actuelles. Cela signifie aussi que notre attention se porte sur les arts plastiques (par opposition notamment aux arts de la scène), même si les œuvres de performance remettent largement en cause ces catégories. Nous pouvons ainsi prendre des exemples qui relèvent du théâtre ou de la danse, à titre de comparaison avec les performances, mais ceux-ci ne se trouvent pas au cœur de l'étude parce que ces formes d'expression utilisent le corps mais ne le placent pas au centre de l'œuvre – ils sont davantage définis par le texte ou la chorégraphie[70].

De plus, les œuvres auxquelles nous faisons référence ne sont pas rassemblées par un propos ou une intention unique. Au contraire, il existe, parmi elles, une grande diversité des démarches artistiques, des objectifs et des significations. Les artistes peuvent utiliser le corps humain pour explorer l'intimité ou, de façon intérieure, la douleur ou le danger, ils peuvent vouloir exprimer un message critique envers la société, souvent féministe ou antiraciste, ils peuvent encore souhaiter interroger théoriquement les limites de l'art et la place de l'artiste dans la création.

---

[69] Nous évoquons principalement, par la force des choses, des œuvres et des artistes occidentaux. D'une part parce que l'art corporel s'est surtout développé dans les années 1960 et 1970 (comme l'art contemporain en général) en Europe et aux États-Unis. D'autre part, parce que les sources concernant les œuvres occidentales nous sont plus accessibles.

[70] Évidemment cette affirmation est à nuancer et certaines productions de théâtre ou de danse contemporaine se rapprochent beaucoup de la performance. V. à ce propos R. Goldberg, *La Performance : Du futurisme à nos jours,* Thames & Hudson, 2012, p. 195.

Ces démarches artistiques peuvent certes être importantes pour comprendre la portée d'une création – c'est pourquoi nous pouvons parfois les expliquer en évoquant des exemples d'œuvres. Toutefois, nous choisissons en général de ne pas trop nous attacher aux déclarations ou aux explications des artistes. En effet, l'interprétation qu'il est possible de faire de ces œuvres, et en particulier de leur rapport avec les normes de droit, n'est pas forcément toujours en accord avec le message de l'artiste. Par exemple, les œuvres de Gina Pane, pour lesquelles l'artiste s'inflige une douleur parfois intense, ne sont pas destinées à provoquer une réflexion sur l'encadrement juridique du corps. Elles constituent, au contraire, une exploration de l'intimité – mais elles n'en soulèvent pas moins des questions sur le principe d'autonomie personnelle. De plus, nous examinons les œuvres selon les réaction sociales et, évidemment, juridiques qu'elles provoquent et non en fonction du propos que l'artiste leur assigne.

Enfin, les œuvres que nous évoquons ne sont pas même caractérisées par un médium d'expression particulier au-delà de l'idée d'une utilisation directe du corps. Ainsi, nous nous intéressons aux artistes qui utilisent leur propre corps comme à ceux qui interviennent sur le corps d'autrui. De plus, en plus d'étudier l'utilisation artistique du corps entier et vivant, nous pouvons aussi parfois évoquer, pour illustrer nos propos, les installations qui utilisent des éléments ou produits du corps. En ce sens, notre corpus d'œuvre rejoint le genre de la performance, mais ne le recoupe pas.

Une fois l'objet de notre travail défini et délimité, il convient de s'intéresser à ce que son étude peut apporter dans différents domaines juridiques.

II. Les questions soulevées par l'art corporel

Cette étude prend pour point de départ l'objet d'étude qui est l'œuvre corporelle. Elle ne part donc pas d'une notion juridique déjà définie ; c'est au contraire à partir de la définition et de la compréhension de l'art corporel comme objet complexe que nous pouvons considérer ce que ce dernier implique juridiquement. Cela nous conduit à adopter une approche décloisonnée qui aborde différentes matières juridiques. Or, il s'avère particulièrement enrichissant de passer par l'art corporel pour examiner le statut du corps (A), la notion de liberté de création artistique (B) et le droit d'auteur (C).

A. L’art corporel et le statut du corps

L’art corporel pose la question du statut du corps. En effet, l’utilisation qui est faite du corps dans l’art corporel est souvent extrême. Les artistes peuvent engager leur corps pour en explorer les limites en le soumettant à des actions violentes pouvant aller jusqu’à mettre en jeu leur intégrité physique. Par exemple, l’une des actions fondatrices du courant du *body art* aux États-Unis, intitulée *Shoot* et réalisée par Chris Burden en 1971, est une performance pour laquelle l’artiste s’est fait tirer une balle de fusil dans le bras.

Les artistes peuvent aussi utiliser le corps pour défier les règles de la société. Le corps a souvent été utilisé dans des œuvres qui visaient à dénoncer des sociétés perçues comme puritaines et réprimant les pulsions corporelles ou à revendiquer davantage de liberté morale et sexuelle. Il en résulte des actions volontairement choquantes qui exposent souvent le corps nu ou la sexualité. L’actionnisme viennois était ainsi un courant artistique précurseur de l’art corporel qui, à partir des années 1950, souhaitait dénoncer les mœurs d’une société autrichienne conservatrice et encore imprégnée des valeurs du nazisme. Pour cela, ses membres organisaient des actions mettant en scène sang, urine et excréments, qui avaient explicitement l’objectif de choquer et de transgresser les règles de la morale commune.

Enfin d’autres œuvres explorent le thème de la réification du corps humain. Elles se servent du corps pour provoquer directement des questions sur le statut du corps et de l’œuvre d’art, et sur le système marchand dans lequel ils peuvent être insérés. Ainsi, l’artiste américaine Andrea Fraser a exploité très littéralement cette idée pour la performance *Untittled* en 2003. Pour dénoncer la domination des acteurs masculins sur le marché de l’art, l’artiste a mis en vente une relation sexuelle avec elle par le biais d’une galerie d’art. Elle établit ainsi un parallèle entre la vente d’une œuvre d’une artiste (et d’une artiste femme en particulier) et la prostitution.

Ces trois types d’utilisation du corps par l’artiste – l’exploration du danger et de la douleur, la provocation morale ou la dénonciation du système marchand – renvoient fondamentalement à la même question juridique : qu’est-il possible de faire avec son corps ? En effet, ces utilisations se trouvent toutes à la limite de ce qui est acceptable éthiquement mais aussi juridiquement – elles pourraient même tomber sous le coup de qualifications pénales puisqu’il peut s’agir par exemple d’exhibition ou de coups et blessures. En cela, les réalisations de l’art corporel interrogent le statut juridique du corps.

Nos travaux s'inscrivent donc dans la lignée des études juridique sur le corps humain, et en particulier de celles qui passent par le prisme des droits et libertés fondamentales[71]. Ces réflexions qui s'articulent en termes de droits fondamentaux s'appuient en particulier sur la notion d'autonomie personnelle, dégagée par la CEDH[72], qui fonde la possibilité de disposer de son corps sur le droit au respect de sa vie privée. Ce droit à l'autonomie personnelle implique qu'une personne est libre d'engager son corps dans des activités y compris lorsque celles-ci pourraient avoir des conséquences négatives sur son intégrité physique ou sa santé. La question qui se pose alors est celle des limites d'un tel droit. Il n'est certes pas possible de tout faire avec son corps : existe-t-il donc une limite absolue, un standard de référence, qui déterminerait les activités auxquelles on ne peut en aucun cas se livrer ? La notion de dignité humaine est souvent considérée comme fournissant un tel standard[73] : il serait impossible, même avec son consentement, d'engager son corps dans des pratiques qui contreviendraient à l'humanité dont chacun est porteur.

Dans cette étude, nous souhaitons examiner comment les œuvres d'art corporelles s'inscrivent dans le cadre de l'autonomie corporelle et étudier ce qu'il est permis ou interdit de faire dans des œuvres d'art pour lesquelles l'artiste engage son propre corps ou celui d'interprètes consentants. Ces œuvres, parce qu'elles sont souvent extrêmes, permettent d'interroger profondément la portée des notions d'autonomie corporelle et de dignité humaine.

De plus, le fait qu'il s'agisse d'œuvres d'art apporte une dimension supplémentaire et permet d'éclairer différemment les questions juridiques qui entourent le statut du corps humain. En effet, des pratiques corporelles extrêmes peuvent avoir des conséquences symboliques différentes lorsqu'elles sont effectuées au nom de l'art plutôt que dans d'autres contextes, ce qui nous amène à étudier les principes qui encadrent l'utilisation du corps (notamment la notion de dignité humaine) en rapport avec d'autres droits fondamentaux, en particulier avec la liberté de création artistique. Cette approche permet ainsi de mieux définir la portée et les limites de tels principes.

---

[71] Par exemple, S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi ?*, L'Harmattan, 2004.

[72] En particulier, CEDH, 29 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02 et 17 février 2005, K.A. et A.D. c. Belgique, n° 42758/98 et 45558/99.

[73] Par exemple, M. Fabre-Magnan, « La dignité en Droit : un axiome » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* vol. 58, 2007, p. 1-30 ou B. Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau *in D.,* 1997, p. 185.

Pour une étude de l'utilisation de la notion de dignité dans les décisions de justice, v. C. Girard et S. Hennette-Vauchez, *La dignité de la personne humaine* PUF, 2005.

L'art corporel permet aussi d'éclairer différemment les questions juridiques qui entourent le statut et l'utilisation du corps humain lorsque l'artiste utilise son propre corps dans son œuvre. En effet, l'artiste qui engage son propre corps au nom de l'art a des motivations différentes d'une personne qui effectueraient les mêmes actions pour d'autres raisons : Gina Pane ne s'automutile pas en raison d'une pathologie mentale et Andrea Fraser n'est pas contrainte à se prostituer par sa situation économique. L'artiste qui utilise son corps le fait de façon libre et, généralement, réfléchie, souvent d'ailleurs pour faire passer un message politique. Il est impossible d'arguer, face à des œuvres d'art corporel, que l'artiste n'est pas conscient de ses actions ou y est forcé par des contingences matérielles. Ces réalisations artistiques permettent donc de tester le droit à disposer de son corps et ses limites d'un point de vue inédit.

B. L'art corporel et la liberté de création artistique

L'art corporel est particulièrement transgressif. En effet, les artistes utilisent souvent le corps dans le but de choquer et de contester les restrictions morales. Or, les œuvres qui contestent une morale considérée trop stricte peuvent, incidemment, transgresser certaines règles de droit, en particulier les règles qui visent à préserver les bonnes mœurs : prohibition des publications obscènes – dans les pays dans lesquels de telles lois existent[74] –, lois restreignant la diffusion de la pornographie ou visant à protéger les mineurs.

C'est pourquoi nous nous intéressons à la notion de liberté de création artistique. Celle-ci ne concerne certes pas exclusivement d'art corporel, ni même l'art contemporain puisqu'elle s'appliquerait à toutes les productions artistiques. Toutefois, dans la mesure où ce principe protège le processus de création, il s'intéresse en premier lieu à l'art en train d'être créé et est donc particulièrement pertinent lorsqu'il s'agit d'étudier les œuvres d'art actuelles. De plus, la notion de liberté de création est discutée à propos de créations récentes à cause des confrontations que l'art contemporain provoque avec le droit. Ainsi, dans le domaine des arts plastiques et graphiques, ce sont presque exclusivement des œuvres d'art contemporain qui font l'objet de restrictions à la diffusion – sous la forme par exemple d'une interdiction d'accès aux mineurs[75] – ou qui sont au centre de procédures judiciaires visant à obtenir une telle

[74] Ce qui n'est plus le cas en France depuis la réforme du code pénal de 1994.

[75] Par exemple, l'exposition des photographies de Larry Clark au Musée d'art moderne de Paris en 2010 était entièrement interdite d'accès aux mineurs.

restriction[76]. Il est possible d'interpréter cette susceptibilité de l'art contemporain à une certaine forme de « censure » soit comme une réaction sociale exagérée envers des œuvres d'avant-garde qui sont souvent mal comprises du grand public et des institutions, soit comme une réaction normale et presque attendue à des œuvres d'art qui, volontairement provocatrices, cherchent à choquer et à susciter les polémiques[77]. En tous les cas, les débats autour de l'art contemporain constituent un terrain privilégié pour mobiliser la notion de liberté de création.

Cette affirmation est encore plus appropriée pour l'art corporel dans la mesure où le corps est souvent utilisé par les artistes pour dénoncer et transgresser des règles sociales et morales ayant trait à la décence ou à la sexualité – ce qui peut évidemment provoquer des réactions judiciaires[78]. Passer par le biais de l'art corporel nous permet donc d'étudier la portée du principe de liberté de création artistique face à d'autres règles de droit – en particulier face à des règles droit pénal ou aux principes, comme la dignité humaine, qui existeraient pour protéger le corps humain.

Nos travaux s'inscrivent donc dans le sillage des recherches déjà effectuées sur la notion de liberté de création artistique. Ces recherches sont particulièrement intéressantes en ce qu'elles portent attention à l'art sous l'angle du processus de création tout autant que du résultat qui est l'œuvre elle-même. En effet, dans une étude très complète sur la notion de liberté de création artistique en tant que droit fondamental publiée récemment par Arnaud Latil[79], l'auteur distingue la liberté de créer en tant que tel – la liberté de faire une œuvre d'art – et la liberté de

---

[76] L'affaire judiciaire la plus médiatique est sans doute celle de l'exposition « Présumés innocents », organisée au CAPC, musée d'art contemporain de Bordeaux, en 2000. Cet événement rassemblait des œuvres de nombreux artistes d'art contemporain sur le thème de l'enfance, dont des représentations dénudées ou sexualisées d'enfants et d'adolescents.

Une procédure fut initiée par l'association de défense de l'enfance La Mouette à l'encontre des commissaires de cette exposition sur le fondement des articles 227-23 et 227-24 du code pénal, Les commissaires d'exposition firent l'objet d'une longue instruction qui prit fin avec l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Bordeaux du 2 mars 2010, décidant de l'abandon des poursuites, et l'arrêt de rejet de la Cour de cassation confirmant cette décision (Cass. crim., 2 mars 2011, n° 10-82.250).

V. aussi par exemple la procédure qu'a provoquée l'exposition Murakami au château de Versailles en 2010. La juridiction administrative avait été saisie, sans succès, par un héritier de Louis XIV, une guide et un collectif de visiteurs en vue d'obtenir l'arrêt de l'événement : TA Versailles, 7 déc. 2010, n° 1007847, 1007848 et 1007851.

[77] N. Heinich, *Le triple jeu de l'art contemporain*, Editions de Minuit, 1998, p. 170 et s.

[78] Dès l'actionnisme viennois, les artistes utilisant leurs corps ont pu être poursuivis et condamnés par la justice. Par exemple, suite à l'action *Aktionsveranstaltung Kunst und Revolution* organisée en 1968 à l'Université de Vienne, les actionnistes Otto Muehl, Günter Brus et Oswald Wiener furent condamnés à plusieurs mois de prison pour avoir manqué de respect aux symboles nationaux, parce qu'ils avaient chanté l'hymne national et utilisé le drapeau autrichien lors d'une performance dans laquelle ils exhibaient aussi leurs corps nus et faisaient des actes obscènes.

[79] A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, LGDJ, 2014.

V. aussi I. Pignard, *La liberté de création*, Université Nice Sophia Antipolis, 2013.

diffuser cette création, tout en reconnaissant ces deux composantes comme constitutives de la notion de liberté de création.

Cette approche qui s'attache à tous les aspects de la création est particulièrement utile pour appréhender l'art corporel qui ne se présente pas toujours sous la forme d'un résultat final stable, mais au contraire se donne à voir en tant processus, que *work-in-progress*. C'est d'ailleurs parce que l'art corporel n'est pas évidemment constitué en tant qu'œuvre d'art qu'il permet d'interroger la pertinence même de principes juridiques, comme celui de la liberté de création artistique, qui auraient vocation à régir ou à protéger l'art.

En effet, la liberté de création artistique peut être plus précaire pour l'art contemporain, et pour l'art corporel en particulier, en ce que le caractère artistique de ces formes d'expressions est parfois peu évident. Il tend non seulement à être mal reconnu par le grand public[80], mais il est aussi plus difficile à définir par les critiques ou les chercheurs[81] et peut être nié par les artistes eux-mêmes[82]. L'art corporel constitue là encore un exemple très manifeste de ce phénomène en ce qu'il propose souvent des œuvres qui sont des interventions directes dans la société. Les performances, en particulier, peuvent être qualifiées d'interventions en ce qu'elles refusent la représentation et la fiction. Une action artistique n'est pas une pièce de théâtre ; il s'agit d'une véritable intervention dans le monde qui emporte de réelles conséquences. Dans l'art corporel, qui met le corps au centre de ses préoccupations, cette intervention porte souvent sur les corps des artistes – ainsi, Gina Pane se blesse véritablement les pieds en grimpant sur des lames de rasoirs pour *Action Escalade non-anesthésiée* en 1971 et Chris Burden, la même année, reçoit véritablement un tir de carabine dans le bras pour *Shoot*[83]. Les artistes de l'art corporel refusent de faire de l'art une sphère spécifique et séparée du monde réel ; de ce fait, le caractère artistique de leurs œuvres n'apparaît pas clairement puisque rien ne les distingue véritablement d'autres types d'activités. Ainsi la question de la possibilité de protéger par un principe qui s'applique au domaine l'art – la liberté de création – des œuvres qui sont à la limite de l'art et de la vie se pose, pour l'art corporel, avec une acuité particulière.

---

[80] V. N. Heinich, *Le triple jeu de l'art contemporain*, Editions de Minuit, 1998, p. 204 et s.

[81] Ainsi la philosophie, notamment la philosophie analytique, a renoncé à définir l'art selon des critères préétablis mais s'attache plutôt à le reconnaître. V. par exemple, Morris Weitz, « The Role of Theory in Aesthetics » *in The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, vol. 15, n° 1, 1956, p. 27-35.

[82] Par exemple, en présentant des objets trouvés comme *ready-made*, ils brouillent la limite entre l'objet d'art et l'objet de large consommation.

[83] Burden organise d'ailleurs en 1980 une performance intitulée *Show the Hole* lors de laquelle il exhibe la cicatrice laissée par la balle afin d'attester de la réalité de l'action *Shoot*.

Au-delà du problème posé par la possibilité de reconnaître ces réalisations en tant qu'art, une question plus fondamentale peut surgir : sont-elles seulement de l'art ? La réponse n'apparaît pas évidente et il est certainement possible de considérer que l'art corporel n'est pas de l'art, en tout cas pas dans l'acception qui fait de l'art une sphère bien distincte de la vie réelle. En effet, les œuvres d'art corporel ne se présentent pas comme faisant partie d'une sphère autonome mais, au contraire, s'inscrivent dans la vie[84]. Elles remettent ainsi en cause l'idée que l'art serait un domaine spécifique ou autonome dont il serait possible de définir les contours et, en conséquence, l'idée qu'il pourrait exister des règles de droit dédiées à ce domaine. Si les œuvres d'art corporel, et en particulier les œuvres de performance, constituent une véritable intervention dans la société, il est logique qu'elles soient considérées, du point de vue du droit, comme n'importe quelle activité. L'art de performance refuse la représentation et la fiction qui justifieraient l'idée d'un traitement spécial de l'art. Cela nous force à réfléchir au fondement théorique du principe juridique de liberté de création artistique qui postule que l'art devrait être considéré comme un domaine particulier ou du moins comme une forme d'expression particulière.

C. L'art corporel et le droit d'auteur

L'art corporel déstabilise le droit d'auteur de la même manière que l'art contemporain en général, puisqu'il en partage certaines des caractéristiques qui rendent les œuvres d'art contemporain difficiles à appréhender juridiquement. Comme les œuvres de *land art*, les œuvres d'art corporel sont éphémères[85] et comme beaucoup d'œuvre d'art conceptuel, elles

---

[84] Cette volonté de faire entrer l'art dans la vie réelle est en effet particulièrement théorisée par les artistes de Fluxus. Allan Kaprow, par exemple, déclare avoir pour ambition d'effacer la distinction entre l'art et la vie. V. A. Kaprow, *L'art et la vie confondus*, Éditions du Centre Pompidou, 1996.

[85] Quand elles utilisent des produits ou éléments du corps humains dans une installation ou un objet, ces matériaux périssables imposent forcément une limite temporelle à l'œuvre. Par exemple, les exemplaires de *Merde d'artiste* de Piero Manzoni, constitués d'excréments de l'artiste scellés dans une boîte de conserve, ont commencé à fuir, plusieurs années après leur production en 1961, sous l'effet de la fermentation des matières organiques – posant d'ailleurs des problèmes aux sociétés d'assurance protégeant ces œuvres.

Ce caractère éphémère est plus flagrant encore dans le cas de l'art de performance puisque l'œuvre est alors une action et pas incarnée dans un quelconque objet. L'œuvre peut évidemment être captée sous forme d'enregistrements photographiques ou vidéographiques mais ces éléments de documentations sont distincts de l'action elle-même. Cette dernière est définie pas son caractère passager – il s'agit d'un moment dans le temps qui cesse une fois l'action terminée – et unique. En effet, l'art de performance se distingue normalement des arts de la scène traditionnels, dont les pièces peuvent être représentées plusieurs fois, par le fait qu'une certaine œuvre ne peut pas être reproduite : d'une part les performances sont souvent largement improvisées et, d'autres part, elles sont définies comme un moment de coprésence entre le public et l'artiste.

sont, dans une certaine mesure, immatérielles parce qu'elles ne se réalisent pas dans un objet stable et permanent. Il s'agit de caractéristiques qui peuvent rendre difficile la protection de ces œuvres par le droit d'auteur, comme le notent déjà les auteurs qui ont écrit sur les problèmes que l'art contemporain peut poser au droit d'auteur.

En droit d'auteur, les travaux consacrés à la protection de l'art contemporain sont assez nombreux. Ils ont surtout été écrits à partir des années 2000 puisqu'il s'agit souvent de réflexions provoquées par des décisions de justice et notamment par le célèbre arrêt Paradis rendu par la Cour de cassation en 2006 qui reconnaît le caractère original d'une œuvre d'art conceptuel[86]. Une étude exhaustive sur la possibilité de protéger l'art contemporain dans le cadre législatif et jurisprudentiel actuel a été rédigée par Nadia Walravens[87]. Ce travail examine la possibilité d'appliquer aux œuvres d'art contemporain les critères de forme et d'originalité du droit d'auteur afin de permettre leur protection et met en valeur les difficultés à appréhender de nombreuses créations contemporaines, notamment en raison de leur caractère immatériel ou éphémère, à partir des notions traditionnelles du droit d'auteur.

S'inscrivant dans la suite de ce travail, l'étude de Judith Ickowicz a pour objectif d'analyser la façon dont le droit appréhende un changement de paradigme dans la définition de l'œuvre d'art[88]. En effet, l'auteure part du constat que l'art contemporain est largement un art dématérialisé et étudie comment les œuvres d'art immatérielles sont prises en compte par le droit, et en particulier par le droit de propriété. Elle relève que la définition juridique de l'œuvre s'appuie sur son caractère matériel, et ce y compris en droit d'auteur. Elle montre ainsi les difficultés que cette matière – pourtant précisément supposée s'intéresser à l'œuvre de l'esprit

---

Effectivement, certaines œuvres d'art corporel (le tatouage en particulier) peuvent être permanentes. Cependant, même alors, elles ne sont pas aussi stables qu'une œuvre d'art traditionnelle. Un tatouage, par exemple, évolue avec le temps – du fait de son exposition au soleil, du vieillissement ou du changement de corpulence de la personne qui le porte, etc. – parce que son support, le corps humain, est une matière organique.

[86] Cass. civ. 1ère, 13 nov. 2008, n° 06-19.021.

Sur cette décision, notamment : B. Edelman, « Un arrêt énigmatique » *in D.* 2009, p. 263 ; P. Gaudrat « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur... Observations sur Civil 1ère, 13 novembre 2008 » *in RIDA*, n° 220, 2004, p. 93 ; F. Pollaud-Dulian, *RTD Com.* 2009 p. 121 ; E. Treppoz, « "La nouvelle Eve" au "Paradis" du droit d'auteur » *in D.* 2006 p. 1051, N. Walravens, « Consécration de la protection de Paradis, œuvre d'Art conceptuel, par la Cour de cassation » *in RLDI,* n° 47, 2009.

[87] N. Walravens, *L'œuvre d'art en droit d'auteur - Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Economica, 2005.

V. aussi A. Strowel, « L'œuvre selon le droit d'auteur » *in Droit,* vol. 18, 1993, p. 79-88 sur l'art conceptuel et E. Treppoz, « Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain ? » *in RIDA*, n° 204, 2005, p. 50-125 qui s'attache davantage aux limites du droit d'auteur et aux modes de protection alternatifs de l'art contemporain.

[88] J. Ickowicz, *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Les presses du réel, 2013.

immatérielle et non au support – rencontre face à ces œuvres d'art nouvelles lorsqu'elle ne peut s'appuyer sur l'existence d'un support matériel pour identifier une œuvre protégeable.

Notre propre travail a un objet d'étude différent de celui des écrits cités : il ne s'agit ni de l'art contemporain en général ni de l'art immatériel mais, plus précisément, de l'art corporel. Nous étudierons donc la possibilité de protéger les œuvres d'art corporel – qui permettent d'examiner les notions de forme et originalité à l'aide d'exemple inédits – sans nous appuyer totalement sur les conclusions de ces auteures. L'art corporel a, en effet, des caractéristiques spécifiques et se rapproche notamment davantage de l'art moderne que de l'art contemporain par certains aspects – en particulier par l'importance donnée à l'artiste[89]. Loin de l'ambition d'effacer l'artiste que partagent des courants tels que l'art conceptuel et l'art minimal, il est possible d'interpréter les œuvres dans lesquelles l'artiste met en scène son propre corps comme des projets exaltant au contraire sa présence et le pouvoir créateur de sa subjectivité – idéaux qui sont ceux de l'art moderne. Ainsi, si nous nous appuyons sur les conclusions de ces travaux sur l'art contemporain, il est impossible de les transposer directement à l'analyse de l'art corporel.

Surtout, si les auteures précitées ont pu étudier des œuvres de performance dans leurs travaux sur l'art contemporain[90] ou l'art immatériel[91], elles ont appréhendé ces œuvres par leur caractère éphémère ou immatériel mais pas sous l'angle de leur corporéité. Ces œuvres sont avant tout particulières en ce qu'elles s'incarnent dans un corps, corps qui est souvent celui de l'auteur lui-même. Or, il s'agit d'une perspective particulièrement enrichissante en ce qu'elle nous invite davantage à penser la place de l'auteur, à interroger son apport dans l'œuvre et la nature du lien qui unit l'œuvre et son créateur. En effet, parce que l'œuvre d'art est incarnée dans un corps, elle se trouve extrêmement liée à une personne – et à la personne de l'auteur si l'artiste met en jeu son propre corps, ce qui entraîne une confusion de l'auteur et de l'œuvre. Plus que de simples caractéristiques de l'œuvre (par exemple l'immatérialité ou la dimension éphémère), c'est l'existence même de l'œuvre corporelle qui est susceptible de poser problème au droit d'auteur. Elle n'est pas seulement difficile à appréhender, mais, en nous offrant l'exemple d'une création dans laquelle le titulaire et l'objet du droit d'auteur se superposent, elle interroge les fondements du droit d'auteur et la tradition personnaliste du droit d'auteur français.

---

[89] M. Kelly, « Re-viewing Modern Criticism » *in Screen*, vol. 22, n° 3, 1981, p. 41-52.

[90] N. Walravens*, op. cit*., p. 85 et s.

[91] J. Ickowicz, *op. cit*., p. 482 et s.

Enfin, au-delà de la possibilité de protéger les œuvres d'art corporel, il faut aussi s'interroger sur leur exploitation. Qu'est-ce que l'éventuelle protection d'œuvres de l'esprit dont le support est un corps implique ? Si ces œuvres sont protégées, l'exercice des droits de l'auteur peut se heurter aux droits dont dispose la personne sur son corps ce qui limite les possibilités d'exploiter l'œuvre par le biais du droit d'auteur, par la reproduction ou la représentation. C'est pourquoi nous souhaitons aussi explorer autres modes d'exploitation, qui dépassent le cadre du seul droit d'auteur. Cela est d'autant plus important que l'art corporel s'inscrit dans les arts plastiques, domaine dans lequel les œuvres sont avant tout valorisées par la vente de leur support. Le marché de l'art est en effet très lié à la vente de l'exemplaire physique (souvent unique) de l'œuvre. Or une telle vente serait impossible pour les œuvres d'art corporel dans la mesure où l'œuvre est liée à un corps et qu'en droit français, tout contrat qui donnerait une valeur patrimoniale au corps ou à ses éléments et produits est nul[92]. Puisqu'on peut constater que ces œuvres sont tout de même exploitées, il s'agit d'étudier les stratégies, et en particulier les stratégies juridiques, que les artistes peuvent mettre en place pour contourner ces difficultés et faire circuler des œuvres d'art corporel sur le marché.

III. Le corps, matériau et vecteur de l'œuvre

L'art corporel produit des objets très ambigus, qui sont à la fois corps humains et œuvres d'art. Le droit parvient-il à les appréhender et à les encadrer de manière satisfaisante ? Malgré l'histoire déjà riche de l'art corporel, apparu comme l'art contemporain plus généralement dans les années 1960, cette question a pour l'instant été très peu abordée[93]. La recherche en matière d'art corporel, envisagée sous le prisme d'autres disciplines, fait pourtant montre d'une grande

[92] Article 16-5 du code civil.

[93] V. sur ce sujet S. Joly, « Le corps humain, œuvre d'art ? » in *L'art contemporain confronté au droit, Actes du séminaire de l'Institut Art & Droit tenu le jeudi 8 juin 2006,* [http://artdroit.org/actes-du-seminaire-lart-contemporain-confronte-au-droit] ; A. porcin, « corps d'œuvre » *in Lex Electronica*, vol. 15 n° 2, 2010 ; A. Lebois. « Droit d'auteur et corps humain : le corps comme support d'une œuvre de l'esprit » *in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas,* LexisNexis, 2014, p. 519.

vitalité : ainsi en histoire de l'art bien sûr[94], mais aussi en philosophie[95] ou encore en sociologie[96]. Cette vitalité appelle la recherche juridique, à son tour, à se pencher sur la question.

Les réticences de la recherche juridique à aborder frontalement la question de l'art corporel nous semble renvoyer précisément à un certain malaise à la perspective de se pencher sur ces œuvres hybrides, ambiguës, presque insaisissables qui permettent pourtant de révéler les dysfonctionnements du droit dans des domaines divers qui touchent en particulier au statut du corps, à la liberté de création ou au droit d'auteur.

En tant qu'œuvres d'art, les œuvres d'art corporel ne relèvent pas d'une forme d'art traditionnelle. Tout d'abord, elles ne sont pas des objets mais, le plus souvent, des actions éphémères. Elles ne revendiquent pas d'appartenance à une sphère artistique distincte mais, en présentant directement un corps sans représentation et en s'imposant hors des seuls lieux dédiés à l'art (musées, galeries) pour investir parfois l'espace public, elles constituent une intervention dans le monde réel et repoussent les limites de l'art. Se situant entre l'art plastique et les arts vivants, ces œuvres brouillent les genres artistiques. Par toutes ces caractéristiques, elles dépassent les cadres juridiques qui sont supposés organiser la propriété et l'exploitation de l'art – elles déstabilisent en premier lieu les règles du droit d'auteur mais aussi de domaines très divers tels que le droit fiscal[97] ou le droit des assurances[98].

Ces œuvres ne se contentent pas de déstabiliser le droit par ces caractéristiques relativement inhabituelles pour des œuvres d'art ; elles se distinguent surtout par leur caractère incarné. En effet, les œuvres d'art corporel sont des œuvres d'art mais aussi des corps, qui sont donc assujettis aux dispositions juridiques qui visent à encadrer et à protéger le corps humain. De plus, puisque le corps humain est associé à la personne elle-même, ces œuvres rendent floues les limites entre chose et personne, dichotomie fondamentale dans notre système juridique.

---

[94] Entre autres, v. L. Vergine, *Body Art and Performance*, Skira, 2000 ou A. Jones, *Body Art / Performing the Subject*, University of Minnesota Press, 1998. Il existe évidemment de nombreuses études plus générales sur le corps dans l'art contemporain (par exemple, P. Ardenne, *L'image corps*, Editions du Regard, 2001 ou S. O'Reily, *The Body in Contemporary Art*, Thames & Hudson, 2009) ou sur la performance (par exemple, R. Goldberg, *Performances : L'art en action*, Thames & Hudson, 1999).

[95] H.-P. Jeudy, *Le corps comme objet d'art*, Armand Colin, 1998.

[96] D. Le Breton, *L'adieu au corps*, Métalié, 1999 et *La peau et la trace*, Métalié, 2003.

[97] Par exemple sur le tatouage, CAA Paris, 26 nov. 2010, n° 09PA01836 et 1er fév. 2012, n° 10PA02521.

[98] J. Ickowicz, *op.cit.,* p. 198 et s.

Les difficultés du droit pour appréhender les œuvres d'art corporel surgissent dès le stade de la création de ces œuvres, difficiles à identifier formellement en tant que telles, et qui peuvent impliquer de la part de l'artiste des comportements juridiquement réprimés. Les caractéristiques de ces œuvres nouvelles interrogent aussi les normes juridiques au stade de l'exploitation de l'œuvre. Leur reconnaissance par le droit d'auteur est difficile et incomplète. De plus, la nature particulière du support de l'œuvre, le corps humain, peut brider l'exercice des droits de l'auteur et empêche l'œuvre de circuler directement sur le marché en tant qu'œuvre d'art puisqu'elle est aussi un corps humain.

Ces problèmes rencontrés dans l'application des règles de droit existantes à ces formes d'art nouvelles mettent en lumière les présupposés sur lesquels se fondent nos normes juridiques, et invitent à interroger leur pertinence. Ainsi, questionner l'art corporel par le droit suscite, en retour, une interrogation de la discipline juridique par l'art corporel. C'est ce dialogue qu'il nous a semblé essentiel de faire émerger.

L'étude de l'art corporel d'un point de vue juridique nous paraît faire surgir deux principaux problèmes. D'une part, les œuvres d'art corporel nécessitent souvent que les artistes engagent leur corps ou celui d'autrui dans des activités dangereuses ou parfois même illégales. Les artistes n'ont d'ailleurs pas de réaction univoque face à d'éventuelles interactions avec la loi. Si certains peuvent considérer que les règles qui leur sont imposées constituent une ingérence intolérable dans leur liberté de créer[99] , elles peuvent aussi être acceptées et même intégrées à l'œuvre d'art. Ainsi, des artistes, qui ont une définition large de leur œuvre comme une action intégrée dans son contexte, peuvent considérer la réaction de l'appareil judiciaire comme une participation au même titre que les éventuelles interactions avec le public. Par exemple, Alberto Sorbelli rassemble et expose, sous le titre *Tentatives de rapport avec la société*, les traces de ses actions. Les procès-verbaux, convocations au tribunal, notifications d'ordonnances pénales et courriers officiels sont ainsi montrés comme des parties de son travail, dans une démarche qui intègre l'autorité (judiciaire en l'occurrence) à l'œuvre d'art qui la défie.

Cependant, que les artistes revendiquent une plus grande liberté ou se contentent de traiter le cadre juridique comme une réaction à intégrer à l'œuvre, il faut constater une inadéquation entre

[99] V. par exemple des tribunes et pétitions parues dans la presse généraliste : contre l'interdiction du film Baise-moi aux moins de 18 ans, « Baise-moi (pas) » *in Beaux-Arts Magazine*, n° 206, 2001, p. 10 ; en réaction à l'affaire « Présumés Innocents », « Nos libertés, nos droits » *in Le Journal des arts*, 15 décembre 2006, p. 31, ou encore O. Blanckart, « La loi doit protéger les artistes contre la violence » *in Le Monde*, 28 sept. 2015.

les pratiques artistiques et le droit. Dans l'art corporel, le corps se trouve pris en tension entre une logique artistique qui suppose la liberté, voire la toute-puissance, de l'artiste, et une logique juridique qui impose des interdits collectifs. Cette situation pose la question du droit de l'artiste à disposer de son corps, ou de celui d'un modèle consentant, dans un contexte artistique.

En envisageant d'abord l'œuvre d'art sous l'angle de la création, nous nous interrogerons sur le statut du corps lorsque celui-ci est aussi une œuvre d'art : l'engagement du corps dans un processus de création permet-il d'en justifier certains usages qui seraient sinon prohibés ? Le corps est ainsi envisagé comme matériau de la création (**Partie I**). Il s'agit de déterminer ce qu'il est possible de faire avec son corps en étudiant les œuvres d'art corporel à l'aune des règles juridiques qui encadrent l'usage du corps – notamment en se demandant si les pratiques, parfois extrêmes, des artistes d'art corporel peuvent être justifiées par le principe d'autonomie personnelle. Puis, à l'aide de l'étude de la notion de liberté de création, nous souhaitons poser la question du droit à disposer de son corps dans un contexte artistique : trouve-t-il à s'appliquer différemment ? La nature artistique d'une action devrait-elle permettre d'accorder davantage de liberté pour la création des œuvres d'art corporel ?

D'autre part, un second problème apparaît lorsque l'œuvre est considérée non plus comme un processus de création, mais comme un objet à exploiter. Il convient ici de noter que l'art corporel, en ce qu'il produit des œuvres et qui sont aussi des actions, propose d'effacer la frontière entre le processus de création et l'œuvre d'art qui en résulte. Cependant, cette distinction reste opérante pour analyser de façon exhaustive les rapports juridiques du corps et de l'œuvre. En effet, la création et l'exploitation de l'œuvre se superposent chronologiquement puisqu'une performance improvisée, par exemple, est créée en même temps qu'elle est montrée au public ; toutefois il est possible et instructif de distinguer intellectuellement ces deux aspects de l'œuvre. Le corps pris comme matériau de la création artistique revoit à des problématiques distinctes des questions que soulève le corps comme support d'une œuvre d'art à exploiter.

Ainsi, une fois l'œuvre réalisée la question se pose de son appropriation et de ses modes d'exploitation – ainsi que leurs conséquences sur l'aspect corporel de l'œuvre d'art. En raison de son support particulier, le corps humain, l'œuvre d'art corporel est un objet dont le caractère hybride peut déstabiliser le droit. Il s'agit d'une œuvre qui est irrévocablement liée à une personne – souvent à la personne de l'artiste – puisqu'elle a son corps pour support. Ainsi,

l'œuvre d’art corporel devient en quelque sorte une personne[100] – puisqu’elle ne peut se détacher de la personne qui la porte et est créée par sa présence – tandis que le droit appréhende les œuvres d’art comme des choses.

Nous examinerons donc l’œuvre d’art comme résultat du processus de création, en abordant les questions relatives à la propriété de cette œuvre : les techniques juridiques permettant son appropriation (notamment par le droit d’auteur) et sa circulation sur le marché – ainsi que les implications juridiques et théoriques attachées à la possibilité d’exploiter une œuvre qui est aussi un corps. Le corps est alors considéré comme vecteur de l’œuvre d’art (**Partie II**). Nous souhaitons étudier comment les œuvres qui ont pour support le corps humain sont susceptibles d’être protégées par le droit d’auteur et comment, même si cette protection s’avère imparfaite, elles parviennent à être exploitées par les artistes. Puis, nous pourrons constater que même si l’exploitation de l’œuvre est, dans une certaine mesure, possible, l’œuvre reste un corps et, en tant que tel, demeure particulièrement lié à la personne, ce qui peut non seulement rendre sa mise en circulation difficile mais aussi remettre en cause la notion juridique d’auteur, voire notre conception juridique du sujet.

---

[100] Cette réflexion trouve d’ailleurs un parallèle dans d’autres domaines de recherche. Par exemple en anthropologie, A. Gell, *Art and Agency*, Clarendon Press, 1998 et en sociologie, N. Heinich « Les objets-personnes. Fétiches, reliques et œuvres d’art » *in* B. Edelman et N. Heinich, *L’art en conflit*, La découverte, 2002, p. 102-134.

PREMIERE PARTIE – Le corps matériau de la création

Le terme « matériau » désigne normalement la matière qui entre dans la fabrication de l'objet d'art : la glaise ou le marbre du sculpteur ou les pigments du peintre. Dans l'art corporel, le corps humain tient parfois un rôle similaire. Il peut en effet être littéralement sculpté par des modifications corporelles comme les implants sous-cutanés de l'artiste française Orlan, qui changent la forme de son visage. Il peut aussi composer la matière première d'installations artistique comme les cadavres plasticinés mis en scène dans l'exposition « Our body ». Même lorsque le corps humain ne fournit pas aussi directement la matière qui compose l'œuvre d'art, dans l'art corporel, il reste la principale ressource de la création puisque les artistes que nous étudions utilisent le corps dans sa matérialité, le montrent au public sans médiation et le placent au centre de leur démarche créative.

Le corps dans le processus de création n'est pourtant pas un matériau comme un autre. C'est un matériau « habité » par une personne qui dispose d'une volonté propre. Cette volonté implique-t-elle qu'il est possible de tout faire avec son corps (ou même avec celui d'autrui) dès lors que l'action est justifiée par un consentement libre et éclairé ? Ou faudrait-il considérer au contraire que, parce que le corps est particulièrement lié à la préservation de la personne, il doit être protégé – éventuellement même à l'encontre de la personne elle-même ?

Ces questions se posent avec acuité au regard des pratiques artistiques qui impliquent le corps humain. Les artistes de l'art corporel utilisent souvent le corps (le leur ou celui de modèles) pour effectuer, au nom de l'art, des actions choquantes, violentes ou dangereuses. Ainsi, ces artistes peuvent montrer les fonctions corporelles ou la sexualité de façon très crûe – c'est le cas par exemple du courant de l'actionnisme viennois dans les années 1950. Ils peuvent aussi se blesser (ou se laisser blesser) – Chris Burden est blessé par une arme à feu lors de la célèbre performance *Shoot* en 1971 – ou se mettre physiquement en danger – Marina Abramovic laisse un revolver chargé à la disposition du public dans *Rhythm 0* en 1974.

Ces pratiques opposent la liberté de l'artiste à la protection et au respect du corps humain. D'une part, une logique artistique demanderait que l'artiste dispose d'une large marge de liberté afin

qu'il puisse exprimer pleinement sa créativité et créer des œuvres qui questionnent, et parfois choquent, la société. D'autre part, une logique juridique – et, parfois, sociale, morale ou éthique – peut imposer des restrictions à cette liberté artistique débridée. Il s'agit donc de se demander comment, et selon quels principes juridiques, ces logiques contradictoires peuvent être conciliées.

Nous nous pencherons d'abord sur la façon dont œuvres d'art corporel utilisent les corps qui en font le matériau. Nous nous interrogerons ainsi sur ce qu'il est possible de faire avec son corps ou d'accepter pour son corps. Les actions auxquelles les artistes soumettent leur corps (ou celui de leurs modèles) sont-elles autorisées et peuvent-elles être justifiées par des notions juridiques telles que l'autonomie personnelle ou sont-elles au contraire susceptibles d'être restreintes pour protéger le corps humain ? (**Titre I**)

Puis, nous examinerons plus spécifiquement le contexte artistique dans lequel ces corps sont utilisé. Nous nous demanderons alors si la liberté de l'art peut justifier la création d'œuvres d'art corporel qui vont à l'encontre des normes de la décence, de la morale et, parfois, du droit. La motivation artistique permet-elle, et devrait-elle permettre, une plus grande liberté aux artistes qui travaillent à partir du corps humain ? (**Titre II**)

TITRE PREMIER – Le corps à l'épreuve de l'art

En Californie, Chris Burden fonde le mouvement de l'art corporel américain en se faisant tirer à la carabine sur le bras, à balle réelle (*Shoot*, 1971). En Europe, Gina Pane se mutile avec des lames de rasoir (*Azione sentimentale*, 1973) tandis que Marina Abramovic s'allonge entre les branches enflammées d'une étoile tracée au sol et s'évanouit au cours de la performance (*Rythm 5*, 1974), asphyxiée par la fumée.

Les artistes des années 1970, période fondatrice de l'art corporel, ont voulu travailler à partir de leur corps, en le maltraitant, en le poussant à ses limites pour en découvrir les pulsions, dans une démarche cathartique initiée, une décennie plus tôt, par les Actionnistes viennois. Aujourd'hui, les artistes de performance font toujours du corps un élément important de leur création. Cependant, la physicalité du corps s'est quelque peu effacée dans les œuvres récentes, faisant du corps un aspect des performances plutôt que leur thème central[101].

Deux facteurs principaux peuvent l'expliquer. D'une part, les moyens techniques disponibles se sont diversifiés. La vidéo et, plus tard, les médias numériques ont pris une place croissante dans la performance à partir des années 1990, remplaçant la présence physique du corps par sa trace enregistrée[102]. D'autre part, il est possible d'observer que l'une des thématiques qui inspire la performance la plus contemporaine est celle de l'obsolescence du corps humain, qui doit alors être modifié, hybridé et amélioré dans l'esprit du transhumanisme[103].

Malgré cela, le corps physique – celui de l'artiste ou celui d'un modèle – demeure présent dans la plupart des créations d'art relatives aux performances, et il est souvent utilisé comme un objet, ou tout du moins comme un outil de travail. Malmené, mis en danger ou exposé impudiquement aux yeux du public, le corps utilisé comme matière première de la création dans l'art contemporain est transgressif.

---

[101] J. Féral, « What Is Left of Performance Art? Autopsy of a Function, Birth of a Genre » *in Discourse*, Vol. 14, No. 2, *Performance Issue(s): Happening, Body, Spectacle, Virtual Reality*, Wayne State University Press, Spring 1992, p. 142-162.

[102] *Ibid.*

[103] D. Le Breton, « Body Art » *In Dictionnaire du corps*, dir. M. Marzano, PUF, 2007. V. en ce sens les œuvres de l'artiste australien Stelarc, à la recherche d'hybridation homme-machine (*Extra ear*, 2015).

Comment le droit encadre-t-il l'usage du corps qui est fait à travers ces œuvres d'art corporel ? Est-il possible de justifier de telles œuvres par des principes de nature juridique ?

La question invite à se tourner en premier lieu vers le droit à disposer de son corps, principe dégagé *via* la notion d'autonomie personnelle par la jurisprudence de la CEDH. Toutefois, les règles encadrant en droit français l'usage du corps humain visent avant tout la protection de celui-ci. Cet état de fait explique qu'on ne puisse trouver d'application systématique et généralisée du droit à disposer de son corps[104], entendu comme liberté dans l'usage de celui-ci. Ainsi, ce droit à disposer de son corps rencontre vite ses limites. Outre ce premier principe, le droit consacre en effet, sous plusieurs formes, celui de respect dû au corps. Une tension apparaît ainsi entre les injonctions contradictoires de respect et de disponibilité du corps.

Afin d'apporter une réponse à la question posée, nous examinerons successivement les deux types de restriction à la liberté de disposer de son corps, elles-mêmes liées aux deux atteintes possibles à celui-ci. D'abord, les atteintes physiques invasives au corps *stricto sensu* (chapitre 1), puis les atteintes symboliques au corps à travers la représentation de celui-ci (chapitre 2).

[104] S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi ?*, L'Harmattan, 2004.

CHAPITRE 1. LE CORPS BLESSE

Les artistes de l'art corporel, en particulier à ses débuts dans les années 1960 et 1970, réalisent des actions violentes dont la douleur physique est une composante essentielle et est censée – selon des principes pouvant se rapprocher de ceux du théâtre de la cruauté d'Artaud[105] – exercer une fonction cathartique sur l'artiste comme sur les spectateurs.

Cette violence exercée sur le corps de l'artiste qui, dans la démarche de l'art corporel, est directement mis en jeu, peut menacer sa santé et son intégrité physique, parfois même sa vie. Cela pose évidemment des questions juridiques sur la possibilité, selon le droit, de se faire du mal. Or nous pouvons ici décomposer notre raisonnement en deux temps.

Il s'agit d'abord de déterminer si le geste lui-même, le fait d'exercer une violence sur son corps, est autorisé (section 1). Nous pourrons mobiliser notamment la notion de libre disposition de soi telle que reconnue par la jurisprudence de la CEDH, qui affirme, par application de l'article 8, un droit à « l'autonomie personnelle, au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps »[106]. Ce droit à la libre disposition de son corps permettrait-il alors à l'artiste de se mutiler – ou d'autoriser d'autres à le mutiler ou à le mettre en danger – au détriment de ses intérêts médicaux ? Quelles seraient alors les limites d'une telle permission ?

Dans un second temps nous nous intéresserons à la diffusion de ce geste au public (section 2). La liberté de l'artiste est en effet limitée par le fait que l'œuvre soit présentée au public. Sur quels fondements une telle limitation peut-elle être invoquée ?

---

105 A. Artaud, *Le théâtre et son double*, Gallimard, 1938.

106 CEDH, 29 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02, § 66.

SECTION 1. La violence contre soi

Les œuvres auxquelles nous nous intéressons ici sont des œuvres violentes. Ce sont celles qui impliquent une véritable lésion du corps de l'artiste et, en général, une réaction de douleur. Cela exclut la simple fatigue ou la pénibilité physique, extrêmement fréquentes dans les œuvres de performance, pour ne retenir que les engagements corporels les plus extrêmes – ceux qui impliquent une violence physique directe contre le corps de l'artiste. Il faut alors distinguer deux situations, celle de l'automutilation de l'artiste par lui-même (§1) puis celle de la violence consentie, lorsque l'artiste choisit, pour la réalisation d'une œuvre, de soumettre son corps à la violence d'autrui (§2).

Paragraphe 1. Se blesser soi-même

La violence de l'art corporel s'exerce souvent par l'artiste lui-même contre son propre corps. Cela peut amener à s'interroger sur ce qui pousse les artistes de l'art corporel à rechercher la douleur jusqu'à réaliser, au nom de l'art, des actes d'automutilation graves et dangereux pour leur propre santé. L'artiste française Gina Pane offre à cet égard l'une des œuvres les plus extrêmes dans le degré de violence qu'elle met en œuvre contre elle-même, mais aussi l'une des plus riches artistiquement (A). Face à de telles pratiques, existe-t-il un encadrement juridique ? La question est difficile dans la mesure où il s'agit d'actes commis contre soi-même.

Ainsi, l'automutilation n'appelle pas de réponse du droit pénal (B) sans pour autant que cette absence de répression ne mène à la reconnaissance d'un droit à se blesser (C).

A. Gina Pane et l'automutilation comme pratique artistique

Les artistes de performance mettent souvent leur propre corps dans des situations de violence ou de danger. Cette démarche peut porter une forme directe de contestation politique, une remise en cause des critères esthétiques traditionnels ou exhiber une exploration intime du corps de l'artiste et de ses limites.

Ces motivations ne sont évidemment pas exclusives l'une de l'autre. Nous utiliserons ici les travaux de l'artiste française Gina Pane pour illustrer le type d'actions qui impliquent la blessure de l'artiste par lui-même et comportent une part d'automutilation. Ce choix se justifie d'une part par l'importance de cette artiste dans l'histoire de l'art. Gina Pane est en effet une figure centrale et fondatrice de l'art corporel français. D'autre part, ses œuvres présentent aussi un intérêt car elles sont physiquement très violentes – sans jamais pourtant, nous le verrons, être dénuées de sens – ce qui expose potentiellement sa démarche au contrôle du droit.

Les performances de Gina Pane constituent une critique féministe de la société – ses œuvres exposant de façon crue la douleur physique que constitue pour l'artiste la condition féminine[107]. Elles résultent également d'un rapport très personnel et intime de l'artiste à son corps et constituent un corpus d'avant-garde ayant marqué l'histoire de l'art notamment en défiant les catégories esthétiques préexistantes.

Dans ces actions, l'artiste alterne, devant un public, gestes doux et violents. Elle expérimente, selon un protocole déterminé à l'avance, les sensations que produisent sur son corps différentes actions, jusqu'à l'automutilation. Ainsi, pour réaliser *Action Escalade non-anesthésiée* en 1971,

[107] Par exemple, dans plusieurs de ses œuvres (*Lait chaud*, 1972 ; *Autoportrait(s),* 1973), Gina Pane fait couler son propre sang qu'elle mêle symboliquement à du lait. Ce faisant, elle utilise deux liquides symboliques du corps féminin, « le lait représentant un pouvoir nourricier et le sang figurant un vécu douloureux » (D. Le Breton, « Body Art : la blessure comme œuvre chez Gina Pane », in *Communications*, n° 92, 2013, p. 104).

elle escalade pieds nus une échelle aux échelons tranchants ; dans *Azione sentimentale* en 1973, elle s'entaille la paume de la main au rasoir et plante des épines de roses dans son avant-bras. Gina Pane utilise un mode d'expression choquant reposant à la fois sur sa propre souffrance physique et sur le malaise du public, spectateur de cette brutalité. Toutefois, il s'agit bien ici d'un mode d'expression en ce que la douleur, chez Gina Pane, est fortement symbolique et porte toujours un message[108].

Les actes de Gina Pane relèvent bien de l'automutilation : l'artiste se blesse, elle entaille sa peau jusqu'au sang. Cette démarche peut être comparée, selon le sociologue David Le Breton, à l'automutilation adolescente. Certes, cette dernière revêt un caractère pathologique tandis que chez Gina Pane la blessure est consciente et totalement contrôlée. Cependant, les deux formes d'automutilations se rapprochent non seulement par le geste lui-même de se blesser mais aussi par leur message contestataire. Elles constituent une manière « de faire dissidence et de porter une attaque contre des représentations sociales »[109]. Le comportement de Gina Pane serait d'ailleurs très certainement traité comme une pathologie s'il n'était justifié par son caractère artistique qui le place hors du champ de la médecine[110]. Si la motivation justifiant le travail de Gina Pane le distingue, d'un point de vue médical, de l'automutilation pathologique, le droit, lui, voit l'un et l'autre comme des autolésions.

[108] Les performances réalisées par Gina Pane sont longtemps pensées avant leur réalisation à l'aide de dessins préparatoires et sont fortement symboliques. Par exemple, lors de la réalisation de l'*Azione sentimentale* (1972) précitée, l'artiste, devant un public exclusivement féminin figure une rose offerte avec sa main entaillée au rasoir et son bras piqué d'épines. Il peut être considéré que Gina Pane créait un véritable langage du corps, voir à ce propos F. Neau, « L'action corporelle en images : notes sur le travail de Gina Pane » in *Champ psychosomatique*, vol. 52, n° 4, 2008, p. 105-121.

[109] D. Le Breton, *op. cit.*, p. 108. Selon lui, pour Gina Pane comme pour certaines adolescentes, la blessure constitué d'un « cri incisé dans la chair est une purification douloureuse du regard d'autrui qui dénonce la difficulté d'être femme dans un monde empreint de machisme ». V. aussi D. Le Breton, *La Peau et la Trace. Sur les blessures de soi*, Paris, Métailié, 2003.

[110] Bien que Gina Pane ait effectivement intéressé les travaux de psychanalystes. V. notamment F. Neau, *op.cit.* et S. Korff-Sausse, « Quelques réflexions psychanalytiques sur le Body Art », *in Champ psychosomatique*, vol. 4, n° 36, 2004, p. 171-183.

B. Absence de réponse du droit pénal

Le droit pénal, qui pénalise d'ordinaire sévèrement les atteintes physiques[111], ne punit pas l'automutilation. En effet, le droit répressif semble démuni face aux autolésions et plus généralement face aux infractions commises sur sa propre personne. L'automutilation n'est, pour le droit pénal, ni une violence[112] ni une torture[113].

Alors que la dimension matérielle de ces deux infractions pourrait correspondre à des faits d'automutilation, elles ne sont utilisées que pour réprimer des actions commises sur autrui. Bien que cela ne soit pas précisé de façon explicite dans les textes, il apparaît clairement à leur lecture que ces derniers ne sont pas destinés à s'appliquer aux cas d'autolésions. Pour la torture, l'article 222-1 du code pénal précise que l'infraction est constituée par le fait de « soumettre *une personne* à des tortures ou à des actes de barbarie »[114], ce qui implique que la victime doit bien être une personne distincte de l'auteur des actes réprimés. Pour les violences, les circonstances aggravantes qui dépendent de la situation de la victime et de ses relations (notamment familiales) avec l'auteur de l'infraction permettent bien de penser qu'il doit s'agir de deux personnes distinctes[115].

Pour la plupart des auteurs, cette absence de pénalisation de l'automutilation serait due à l'impossibilité de distinguer, comme pour tous les cas d'autolésion, l'auteur de l'infraction de sa victime et donc à l'impossibilité pratique de poursuivre. À cette circonstance concrète s'ajouterait l'idée que l'autolésion se situe en dehors du champ juridique, en tant que ce dernier doit régir et policer les rapports sociaux. S'agissant ici d'un rapport de soi à soi, il n'est pas du rôle du droit pénal d'intervenir, l'autolésion se trouvant comme en deçà du domaine juridique[116]. Ainsi, si l'automutilation n'est pas pénalisée, le droit intervient à nouveau dès lors

[111] Le respect du corps devient central dans le code pénal avec la réforme de 1994. La section consacrée aux atteintes à la personne humaine est d'ailleurs la plus développée du code.

[112] Infractions visées par les art. 222-7 à 222-14 du code pénal.

[113] Telle que définie par les art. 222-1 à 222-6 du code pénal.

[114] Nous soulignons.

[115] Art. 222-8, 222-10, 222-12, 222-13 et 222-14 du code pénal. Il en est d'ailleurs de même pour la torture, v. art. 222-3 du code pénal.

[116] V. à ce propos X. Pin, « Le consentement a lésion de soi-même en droit pénal » *in Droits*, vol. 1, n° 49, 2009, pour qui « le simple rapport à soi, sans l'intervention d'autrui, concerne le for intérieur non le droit. Plus techniquement, en droit pénal, il se produit une confusion entre deux qualités antagonistes, celles d'auteur et de victime et cette confusion éteint toute relation juridique ».

qu'un intérêt plus général est concerné – il est notamment interdit de se mutiler afin d'échapper à une obligation militaire[117]. Il s'agit enfin de reconnaître que l'action pénale serait ici, non seulement difficile à mettre en œuvre, mais aussi très inopportune. En effet, l'automutilation étant en général liée à un trouble psychique, une intervention du droit pénal ne remplirait pas son rôle social, en ne permettant ni d'en protéger la victime ni d'en dissuader l'auteur[118].

Il est possible de se demander si le débat sur le caractère justificatif en droit pénal du consentement de la victime s'étend aux situations d'autolésions[119]. Autrement dit, l'absence de répression de ces situations peut-elle être justifiée par le fait que la victime était forcément consentante – puisqu'il s'agit alors également de l'auteur de l'infraction ? Cela nécessiterait une opération intellectuelle consistant à dissocier, bien artificiellement, l'auteur de la victime afin de reformuler la situation d'autolésion en termes de consentement. L'argument qui fait de l'autolésion un rapport interne, de soi à soi, qui ne concerne pas le droit pénal nous paraît donc plus convaincant et, de plus, il précède tout débat sur le consentement de la victime[120]. Pourtant, aborder l'automutilation du point de vue du consentement permet de aussi de se placer dans une perspective différente, celle de la liberté individuelle. Il serait ainsi possible de se demander si l'automutilation peut découler d'une liberté de disposer de son corps – ce qui pose la question de l'existence d'un éventuel droit à l'automutilation.

Dans le même sens, voir J. Robert « Rapport sur le corps humain et la liberté individuelle en droit français » *in Le corps humain et le droit*, *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXVI, Dalloz, 1977, p. 474 : « Une mutilation est permise sauf si elle est susceptible de compromettre le rôle que l'homme doit remplir dans la société. »

[117] Art. L. 321-22 du code de justice militaire.

[118] En cas de danger pour la vie ou la santé personne, il semble ainsi plus adapté de traiter la situation comme une urgence médicale. Ainsi, l'hospitalisation psychiatrique sous contrainte, à la fois mesure privative de liberté et obligation de soins, est possible. V. les art. L. 32112-1 à L. 32112-12 du code de la santé publique.

[119] Ce débat est évoqué en plus de détails *infra* p. 66.

[120] V. A. Fahmy Abdou, *Le consentement de la victime*, LGDJ, 1971, p. 46, selon lequel la problématique du consentement de la victime fait bien partie de la réflexion sur l'autonomie personnelle, mais l'automutilation, rapport interne de soi à soi, n'en fait pas partie.

C. Du droit à l'automutilation

Si l'automutilation n'est pas réprimée par le droit pénal, cela ne permet aucunement d'en déduire l'existence d'un droit subjectif à se blesser. Nous pouvons donc nous interroger sur l'existence d'un tel droit.

Une analogie avec le suicide peut ici être utile. En effet, le suicide, l'action pour une personne de se donner elle-même la mort, est une autolésion dont le traitement juridique peut présenter des similarités avec celui de l'automutilation. De plus, le suicide est davantage étudié par la doctrine et a fait l'objet de davantage de décisions judiciaires, ce qui peut nous permettre de nous appuyer sur ces éléments pour construire un raisonnement par analogie. Ainsi, l'existence d'un droit au suicide impliquerait, *a fortiori*, celle d'un droit à l'automutilation.

Le suicide, comme l'automutilation, n'est pas réprimé par le droit français[121]. Cette absence de pénalisation a pu conduire certains auteurs à se demander s'il pouvait alors y avoir un droit au suicide[122] mais l'hypothèse est rapidement écartée par la doctrine. En effet, il est impossible de retenir un droit subjectif au suicide, sans quoi l'action d'empêcher ou de prévenir un suicide serait punissable en tant que violation de ce droit[123]. Or, en droit positif, prévenir un suicide est au contraire une obligation. La personne qui serait au courant des intentions suicidaires d'un tiers se voit forcée d'intervenir pour en empêcher la réalisation car une abstention peut être considérée comme une omission de porter secours à une personne en péril, infraction mentionnée à l'article 223-6 du code pénal[124]. De plus, toute aide ou incitation au suicide est interdite[125], ce qui révèle bien que le suicide est loin d'être favorisé par le droit français mais est uniquement toléré[126].

---

[121] V. Cass. crim., 23 avr. 1971, n° 70-92.874, dans lequel la Cour refuse de poursuivre le proche d'une personne suicidée sur le fondement de l'ancien art. 63 paragraphe 1er du code pénal punissant l'abstention volontaire d'empêcher un crime puisque le suicide ne peut pas être considéré comme un crime.

La tentative de suicide punie dans l'Ancien droit ne l'est plus depuis la Révolution. Sur le processus de dépénalisation du suicide, voir S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi ?*, 2004, L'Harmattan, p. 141.

[122] Voir T. Givanovitch, « Le suicide est-il un des droits de l'homme ? », *RID pén.*, 1952, p. 410.

[123] L'argument est avancé par J. Robert, *op. cit.*

[124] V. Cass. crim., 26 avr. 1988, n° 87-82.011 pour un exemple de condamnation.

[125] Art. 223-13 à 223-15-1 du code pénal créés par la loi du 31 décembre 1987

[126] V. à ce titre les travaux préparatoires à la loi du 31 décembre 1987 qui crée l'incrimination de provocation au suicide suite à la publication en 1982 du livre *Suicide, mode d'emploi*, cités par S. Hennette-Vauchez, *op. cit.,* p. 148.

Si le suicide ne constitue pas un droit, plusieurs auteurs s'accordent à en faire une liberté[127]. Il convient alors de préciser ce qu'on entend par ce dernier terme. Selon une première définition, très extensive, qui assimile à une liberté toute faculté d'agir (ou de ne pas agir) sans se voir opposer la loi, le suicide peut effectivement être considéré comme une liberté puisqu'il n'est pas interdit et que sa tentative n'est pas réprimée. Toutefois, si on entend par liberté, comme nous choisirons de le retenir ici, une faculté reconnue et protégée juridiquement, on implique alors, en corollaire à toute liberté, l'interdiction pour autrui de s'ingérer dans l'exercice de celle-ci. En l'espèce, l'existence d'un devoir d'assistance à personne en danger empêche de considérer le suicide comme une liberté selon cette seconde définition. *A minima*, force est de reconnaître que le suicide ne constitue pas une liberté au même titre que les autres – et, en tout état de cause, n'est pas à compter au nombre des libertés publiques, celles-ci étant explicitement reconnues par les textes. Nous préférons ainsi considérer le suicide comme une simple faculté d'action et non comme une véritable liberté, puisque la personne qui aurait l'intention de se suicider ne peut espérer aucun appui juridique dans l'exécution de ce projet[128].

Nous pouvons raisonner par analogie en ce qui concerne l'automutilation. En effet, l'absence de pénalisation de l'automutilation semble relever d'un raisonnement similaire à celle du suicide. L'un est l'autre sont des atteintes de la personne contre elle-même (atteinte à la vie d'un côté et à l'intégrité physique de l'autre) qui ne sont pas poursuivies car elles se situeraient, en quelque sorte, en deçà du droit, dans le rapport intime – et souvent pathologique – de l'homme à lui-même[129]. Ainsi, il y aurait une faculté de se blesser, faculté qui découle d'une certaine tolérance de la loi mais qui ne peut être assimilée à un droit subjectif.

---

[127] On peut citer par exemple F. Terré, « Du suicide en droit civil » *in Mélanges Weill*, Dalloz, 1983, p. 526 : « Le suicide d'une personne physique apparaît en définitive moins comme l'exercice d'un droit que comme l'usage d'une liberté ».

[128] Il peut être intéressant de dresser un parallèle entre cette réflexion et celle opérée par D. Lochak autour de la liberté sexuelle (« La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? » *in* D. Borillo et D. Lochak (dir.), *La liberté sexuelle,* PUF, 2005, en particulier p. 12 et s.). Le statut juridique d'un telle liberté sexuelle pose en effet des questions similaires : s'agit-il d'un droit, d'une liberté – et selon quelle acception de l'un ou de l'autre terme ? L'auteure estime que la liberté sexuelle ne constitue pas un droit subjectif dans la mesure où il n'existe pas de droit à obtenir une relation sexuelle. Elle conclut qu'il s'agit toutefois d'une liberté, protégée par le biais du droit à la vie privé, en ce que, à la différence du suicide, la liberté sexuelle suppose une obligation négative de non-ingérence.

Elle note ainsi (p. 17) : « Toute liberté, à partir du moment où elle est consacrée par le droit positif, produit des effets à l'égard d'autrui, au moins sous la forme d'une obligation de respecter cette liberté, de ne pas l'empêcher de s'exercer […]. Sinon, la liberté n'est qu'une simple faculté toujours susceptible d'être remise en cause. » Or, c'est bien dans ce dernier cas de figure que nous paraît se trouver le suicide.

[129] M. Fabre-Magnan évoque ainsi le « pouvoir de fait de la personne sur elle même, contre lequel le droit ne peut pas grand chose », dans sa préface à J. Ricot, *Le suicide est-il un droit de l'homme ?*, M-éditer, 2015.

Cette interprétation classique pourrait toutefois être remise en cause par des développements récents dans le domaine des droits fondamentaux, et en particulier par une évolution libérale de la jurisprudence de la CEDH. En effet, pour poursuivre une utile comparaison avec le suicide, il pourrait sembler que celle-ci, tout en restant prudente, tend vers une plus grande reconnaissance d'un certain droit à mourir. Or s'il était possible de dégager des arrêts de la CEDH un droit au suicide fondé sur la Convention, il serait *mutatis mutandis* possible d'en dégager un droit à l'automutilation.

La Cour de Strasbourg a en effet été à plusieurs reprises confrontée à des requérants souhaitant se voir ouvrir la possibilité d'un suicide assisté. Elle a rendu à ce sujet un arrêt fondateur en 2002, l'arrêt Pretty[130], du nom de la requérante qui, atteinte d'une maladie grave et incurable, souhaitait pouvoir mettre fin à ses jours assistée par son époux sans que ce dernier n'encoure de poursuites pénales. À l'occasion de cette décision, les juges européens reconnaissent un droit à l'autonomie personnelle fondé sur l'article 8 de la Convention, compris comme droit à utiliser librement son corps y compris pour des activités dangereuses voire mortelles pour la personne[131]. Ils ajoutent même que toute limitation étatique de ce droit – par des dispositions pénales notamment – constitue une violation du droit fondamental à la vie privée reconnu par la Convention, bien que cette violation ait été considérée dans cette affaire comme justifiée (par l'objectif de protection du droit à la vie) et proportionnée.

Le pas séparant la reconnaissance d'un droit à l'autonomie personnelle de celle d'un certain droit à la mort peut sembler franchi par la CEDH dans un arrêt subséquent, l'arrêt Haas c. Suisse[132]. La Cour y reconnaît en effet une « obligation positive »[133] pesant sur les États membres de prendre des mesures facilitant la commission d'un suicide dans la dignité. Une lecture rapide permettrait donc d'y voir la reconnaissance d'un véritable droit à se donner la mort que les États se devraient de respecter, voire de favoriser. Toutefois, si l'on ne peut nier une évolution libérale de la jurisprudence de la CEDH, nous nous trouvons, en fait, relativement loin d'une telle conclusion. En effet, la Cour reste extrêmement prudente dans ses décisions et met avant tout en exergue la marge d'appréciation nationale des États membres. Ainsi, si les

---

130 CEDH, 29 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02.

131 Ibid. §62. La Cour reconnaît que « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne ».

132 CEDH, 20 janvier 2011, Haas c. Suisse, n° 31322/07.

133 Ibid. §53.

États ayant mis en place un droit au suicide assisté ont effectivement une obligation positive de rendre le suicide accessible, ceux qui l'interdisent en revanche n'ont aucune obligation de changer leur législation[134].

Il est ainsi impossible de déduire de la jurisprudence européenne la reconnaissance d'un droit à mourir, cependant cette solution n'est pas automatiquement extensible à l'automutilation. En effet ne pas favoriser le suicide ou interdire le suicide assisté correspond, pour les États, à la défense d'une valeur particulièrement importante : la protection de la vie. Si la protection de la santé publique et de l'intégrité physique de chaque citoyen est un objectif tout à fait légitime, il pourrait toutefois ne pas être jugé assez important pour contrebalancer le droit à l'autonomie personnelle. Un artiste empêché de réaliser une œuvre d'art corporel pourrait-il se prévaloir de la Convention pour réclamer un droit à se mutiler ? La jurisprudence de la Cour de Strasbourg semble s'orienter vers une telle libéralisation, qui est également décelable dans ses décisions concernant des pratiques sexuelles violentes[135]. Cependant, de telles solutions permissives restent, pour le moment, peu explicites dans les arrêts de la CEDH et ne semblent pas avoir pénétré, à ce jour, le droit français[136].

Cela aurait pour conséquence concrète lorsque l'on applique cette solution aux performances de Gina Pane de restreindre considérablement la portée de la liberté de l'artiste à se blesser. Ainsi le geste d'automutilation, nous l'avons vu, est toléré par le droit en l'absence d'interdiction explicite. Cependant, l'artiste ne peut revendiquer de droit à se blesser. Ceci implique que les circonstances de son action doivent ici être prises en compte. Si elle était effectuée dans l'intimité d'un atelier, sans témoin, elle ne pourrait évidemment pas être empêchée ni faire l'objet de poursuites postérieures.

---

[134] En ce sens v. O. Bachelet « « Le droit de choisir sa mort : les ambiguïtés de la cour de Strasbourg » *in Revue internationale de droit pénal* (vol. 82), 2011, p. 125 : « La position adoptée par la Cour européenne est donc celle du « tout ou rien ». En effet, de deux choses l'une. Soit l'État ne permet pas au requérant de mettre fin à ses jours, faute d'avoir reconnu l'existence d'un tel droit de choisir sa mort : la marge nationale d'appréciation lui permet alors d'éviter un constat de violation de l'article 8. Soit l'État a effectivement consacré un droit à la mort : il doit alors avoir mis en place une procédure *ad hoc* permettant aux individus qui le souhaitent de bénéficier d'une assistance au suicide. »

Cette position de la Cour a également été confirmée par un arrêt postérieur, Koch c. Allemagne, 19 juil. 2012, n° 492/09

[135] CEDH, 17 février 2005, K.A. et A.D. c/ Belgique, n° 42758/98 et 45558/99. V. *infra* p. 60.

[136] V. *infra* p. 60 et s. Le contraste entre la large autonomie personnelle reconnue par la CEDH et la situation plus restrictive du droit français se retrouve en d'autres domaines, comme l'illustrent les débats relatifs à l'euthanasie et au suicide assisté.

L'automutilation ne constitue assurément pas un droit subjectif, opposable à autrui. On pourrait avancer qu'il s'agit d'une liberté, protégée par le droit à l'autonomie personnelle ou encore le droit à la vie privée. Toutefois, les automutilations les plus sérieuses lèvent le devoir de non-ingérence associé aux libertés, et contraignent les tiers à l'intervention. Comme le suicide, l'automutilation lourde constitue donc une simple faculté. Une gradation apparaît ainsi quant au statut juridique de l'automutilation – liberté ou faculté – selon la gravité de l'atteinte. Ainsi, si une simple scarification semble pouvoir relever du champ de la liberté, l'amputation volontaire ne serait qu'une faculté.

En matière artistique, en présence de spectateurs et plus largement de tiers dont l'intervention est possible, la possibilité pour l'artiste d'effectuer de telles actions peut se trouver remise en cause. Puisque l'artiste n'a pas de droit subjectif à opposer, toute personne peut légitimement intervenir pour faire cesser une performance qui impliquerait de graves automutilations. Ainsi l'artiste ne saurait, sur le plan juridique, prétendre empêcher ou reprocher l'interférence d'un spectateur choqué, d'un musée inquiet pour sa sécurité ou sa réputation, voire l'intervention (dans l'hypothèse plus particulière de troubles à l'ordre public) de la police administrative[137]. *A contrario*, une automutilation légère semble pouvoir relever du champ de l'autonomie personnelle de l'artiste, qui aurait la possibilité de contester les ingérences dans l'exercice de son action qu'elle susciterait – et leurs éventuelles conséquences financières.

Paragraphe 2. Le consentement à la blessure

La liberté de l'artiste, qui a tout de même la liberté sinon le droit d'intervenir sur son propre corps peut se trouver réduite dès lors qu'un tiers est impliqué.

Cette seconde situation – de fait moins fréquente dans l'art corporel – serait celle d'une violence exercée sur l'artiste par un tiers, qui peut être un modèle rémunéré pour cela, un artiste collaborant à la réalisation de l'œuvre ou même un inconnu spectateur de la performance. La question qui se pose alors est celle de la possibilité juridique, pour l'artiste, de consentir à une atteinte physique de la part d'autrui.

---

[137] V. *infra* p. 81 et s.

Nous prendrons ici deux exemples de pratiques corporelles qui ne sont pas, à l'origine, des pratiques artistiques mais ont pu être appropriées par des artistes contemporains : les modifications corporelles (A) puis la sexualité sadomasochiste (B). Dans ces deux cas, nous nous trouvons face à des atteintes physiques exercées par autrui avec le consentement de la victime. Se pose alors la question de l'étendue du domaine de l'autonomie. Le droit n'intervient pas – pas directement du moins – lorsque l'artiste exerce une violence sur son propre corps. Mais peut-il également consentir à une atteinte corporelle exercée par autrui ?

A. Les modifications corporelles

Nous distinguons ici, dans le terme de modifications corporelles, deux types de pratiques qui résultent toutes deux en une modification définitive de l'aspect du corps, mais diffèrent en degré par l'importance et la dangerosité de l'intervention sur le corps – ce que reflète leur encadrement juridique. Nous examinerons principalement le cas des modifications corporelles les plus sérieuses qui nécessitent une intervention médicale, chirurgie esthétique et réassignation de genre (1), mais évoquerons également les modifications corporelles plus communes et moins intrusives que sont le tatouage et le perçage (2).

1. La chirurgie esthétique et de réassignation de genre

Des artistes d'art corporel ont pu construire leur œuvre à partir de modifications corporelles habituellement réalisées pour des raisons de préférences personnelles. L'une des expériences les plus intéressantes et les plus poussées en la matière a été réalisée par l'artiste française Orlan[138] qui a subi une série d'opérations de chirurgie esthétique[139] dans le cadre d'une œuvre intitulée *La Réincarnation de sainte Orlan,* en cours depuis 1990. Avec cette démarche, Orlan souhaite faire de sa chair le matériau de sa création et se sculpter par des opérations-performances qui ont profondément modifié son apparence. Il s'agit pour elle de faire

[138] Orlan refuse d'être rattachée au *body art*, en s'en distinguant par son refus de la douleur, et parle en revanche pour évoquer son travail d'un « art charnel ».
[139] Dont 9 ont été réalisées à ce jour sur les 10 prévues.

littéralement de son corps une œuvre d'art, puisque chaque opération fait ressembler une partie de son visage à celle d'une femme de tableau célèbre : le menton de la *Vénus* de Botticelli, les lèvres de l'*Europe* de François Boucher, le front de *Mona Lisa*, etc.

Nous pouvons encore évoquer le cas des couples d'artistes Eva & Adele et Genesis P-Orridge et son épouse Lady Jaye qui modifient leur apparence physique pour ressembler l'un à l'autre. La démarche est ici intime mais également artistique, en particulier pour Eva & Adele qui ont documenté leur transition d'un couple hétérosexuel à une « entité hermaphrodite » par des milliers de photos ensuite exposées dans des musées de différents pays[140]. Cette transformation est rendue possible par des dispositifs médicaux – prise d'hormones et chirurgies esthétiques – propres aux procédures de réassignation de genre.

Or, les procédures et traitements médicaux, en tant qu'ils touchent au corps du patient, ne sont autorisés que lorsque les deux conditions mentionnées à l'article 16-3 du code civil sont réunies : il faut que la procédure ou le traitement, dès lors qu'il est invasif, soit consenti par le patient et qu'il réponde à une nécessité médicale. Cette règle est une application du principe de respect du corps humain. Ainsi toute intervention, même médicale, qui touche à l'intégrité du corps est normalement interdite et les exceptions sont strictement encadrées – une procédure ne peut être réalisée qu'à la condition de remplir un objectif médical[141].

Parce qu'elle rend nécessaire de recueillir le consentement du patient, la règle posée par l'article 16-3 du code civil peut aussi être vue comme une manifestation dans le droit positif du principe d'autonomie personnelle. En effet, c'est le consentement du patient – l'expression de sa volonté – qui autorise le médecin à porter une atteinte à son corps[142].

Il arrive d'ailleurs que le patient refuse son consentement à l'administration de soins qui seraient pourtant nécessaires à sa santé voire même à sa vie, notamment pour des raisons religieuses. La question juridique s'est alors posée de savoir si un médecin pouvait passer outre le refus de

---

[140] Par exemple, l'exposition *You are my biggest inspiration* au Musée d'art moderne de la Ville de Paris, en 2016, leur était consacrée.

[141] Une précédente version de ce texte en vigueur jusqu'en 2000 disposait que le traitement devait découler d'une nécessité « thérapeutique » pour la personne. Ce terme fut ensuite remplacé par le mot « médical », d'acception plus large, qui comprend par exemple le don d'organe dont l'objectif est médical mais pas directement thérapeutique pour la personne donneuse.

[142] Dans le même sens, v. aussi l'art. L. 1111-4 du code de la santé publique qui dispose notamment dans son deuxième alinéa que « toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement » et dans son troisième alinéa que « le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité ».

soins exprimé pour soigner le patient malgré lui. Dans cette situation l'obligation de soigner pour le médecin s'oppose au droit du patient à disposer de son corps. Or, si le médecin ne peut en principe pas outrepasser le consentement du patient, une réserve est émise par la jurisprudence pour concilier ces deux impératifs : il peut en effet intervenir malgré le refus exprimé par le patient lorsqu'il se trouve dans une situation d'urgence mettant en jeu la vie du malade[143].

La possibilité pour le médecin d'effectuer une procédure médicale est toutefois, mis à part dans ce cas exceptionnel, soumise au consentement du patient. Ce dernier ne fait aucun doute dans le cas de procédures réalisés dans le cadre d'œuvres sur des artistes, ces derniers ayant décidé de s'engager dans une modification corporelle médicale avec des motivations esthétiques précises. Cependant, le consentement du patient n'est pas la seule condition, pour que le médecin puisse intervenir, il faut encore que la procédure réponde à une nécessité médicale.

Or, si la chirurgie esthétique et les chirurgies de réassignation de genre sont des procédures lourdes et invasives, la nécessité médicale les justifiant peut sembler moins directe que pour d'autres interventions médicales, dans la mesure où aucun risque pour la vie ou l'intégrité physique de l'individu ne semble encouru à court terme. À l'égard du critère de la nécessité médicale, il convient de distinguer la chirurgie esthétique des traitements et opérations de réassignation de genre.

La chirurgie esthétique répond certes à une détresse psychologique du patient insatisfait de son apparence physique. Cependant, les opérations de chirurgie esthétique ne correspondent pas à une nécessité médicale au sens de l'article 16-3 du code civil, puisqu'elles font suite, dans la plupart des cas, à un mal être du patient plus qu'à une véritable pathologie[144]. Elles ne sont donc

---

[143] V. en ce sens CE, 26 octobre 2001, Mme X., n° 198546 : des médecins qui procèdent à la transfusion d'un patient malgré son refus de se voir administrer des produits sanguins ne commettent pas de faute de nature à engager la responsabilité de l'État. Pour une perspective critique de la décision v. par exemple P.-Y Quiviger, « Du droit au consentement, sur quelques figures contemporaines du paternalisme, des sadomasochistes aux Témoins de Jéhovah » in *Raisons politiques*, 2012 (n°46), p. 79.

[144] L'article R. 740-1 du code de la santé publique définit ainsi la chirurgie esthétique comme « des actes chirurgicaux tendant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, sans visée thérapeutique ou reconstructrice ».

En ce sens, v. aussi J. Penneau et E. Terrier, « Corps humain – Bioéthique » *in Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2019, § 443, qui estiment, à propos de la chirurgie esthétique, qu'« il est évident que l'on ne peut admettre la licéité de cette dernière pratique sans une profonde distorsion des principes, notamment du principe d'indisponibilité du corps humain, car on y rechercherait en vain, sauf cas exceptionnels, la "nécessité médicale" qui seule est, selon la loi, de nature à justifier l'atteinte portée à l'intégrité de celui-ci ».

autorisées que par dérogation, accordée par le législateur[145], au principe de l'article 16-3 du code civil. De ce fait, les opérations de chirurgie esthétiques sont plus strictement encadrées que les procédures médicales classiques : l'obligation d'information du chirurgien est plus complète[146] et son obligation de sécurité physique est appréciée plus sévèrement afin que le danger pour le patient soit quasiment supprimé[147]. Ainsi, l'atteinte à l'intégrité physique que nécessite la chirurgie esthétique est autorisée par le seul consentement du patient, sans qu'il n'y ait besoin de justifier d'une nécessité médicale. Or, ce consentement fait, nous l'avons vu, peu de doute dans le cas d'artistes engagés dans une démarche esthétique réfléchie.

En revanche, en ce qui concerne la réassignation de genre, la nécessité médicale apparaît plus clairement. Cette procédure doit répondre à un véritable besoin psychologique du patient qui, si des mesures médicales ne sont pas prises, peut mener, dans les cas les plus graves, à l'automutilation voire au suicide[148]. Le problème qui peut se présenter ici pour les artistes relève de la difficulté à reconnaître une nécessité médicale lorsque la motivation du patient est uniquement ou principalement artistique. Ainsi, l'artiste ne manifeste pas forcément de besoin psychologique justifiant une intervention médicale mais souhaite la voir réaliser dans le cadre d'une expérimentation esthétique.

Cette posture artistique peut rejoindre des mouvements militants de contestation de la pathologisation et, dans une moindre mesure, de la médicalisation de la transidentité[149]. Ainsi, la démarche de certains artistes transgenres, dont la motivation est avant tout esthétique et non pas psychologique, peut être comparable à l'expérimentation menée par le philosophe Paul B.

---

[145] Notamment par l'article L. 6322-1 du code de la santé publique qui encadre – et donc autorise – l'activité des établissements de chirurgie esthétique. V. CE, 21 mars 2007, n° 284951 : « Considérant que si l'article 16-3 du code civil n'autorise à porter "atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui", il résulte de l'article L. 6322-1 du code de la santé publique que le législateur a entendu, par dérogation à ces dispositions, permettre la pratique des actes chirurgicaux à visée exclusivement esthétique, tout en l'encadrant strictement ».

[146] V. l'article L. 6322-2 du code de la santé publique ainsi que Cass. 1re civ., 17 nov. 1969, n° 68-12.225 (décision qui impose au médecin, très tôt, une obligation d'information sur les risques exceptionnels de la chirurgie esthétique) et CE, 15 mars 1996, Mademoiselle Durand, n° 136692 (« en matière de chirurgie esthétique le praticien est tenu d'une obligation d'information particulièrement étendue à l'égard de son client »).

[147] On se rapproche ainsi en ce domaine de l'obligation de résultat. V. CA Lyon, 8 janv. 1981, *JCP G* 1981, II, p. 19699, obs. F. Chabas. et Cass. 1ère civ., 22 sept. 1981, *Bull. civ. I*, n° 268.

[148] Sur l'obligation de justifier d'une nécessité thérapeutique pour les opérations de réassignation de genre v. CA Aix-en-Provence, 7e ch., 23 avr. 1990 et Cass. crim., 30 mai 1991, *Bull. crim.*, n° 232. En l'espèce un chirurgien a été condamné pour coups et blessures volontaires pour avoir effectué une opération de réassignation de genre par simple curiosité médicale, sans nécessité thérapeutique.

[149] V. en particulier, pour une approche sociologique de ces mouvements, M.-Y. Thomas, K. Espineira et A. Alessandrin, *Transidentés – Histoire d'une dépathologisation*, L'Harmattan, 2013 et A. Alessandrin, *Sociologie des transidentités*, Editions Le Cavalier Bleu, 2018.

Preciado et présentée dans le livre *Testo junkie*[150]. L'auteure[151] y décrit les injections de testostérone qu'elle s'administre hors du cadre médical et qui ne sont pas motivées par une détresse psychologique, ni par une véritable volonté de devenir un homme, mais par une volonté d'exploration et de réinvention de son corps pouvant se rapprocher du bio-art[152]. Elle revendique ainsi la possibilité de modifier son propre corps dans une démarche qualifiée de « bioterrorisme du genre », qui remet notamment en cause le contrôle des institutions (étatique, juridique et médicale) sur les corps, et en particulier les corps genrés, des individus[153].

Traduites en termes juridiques, les revendications qui refusent la pathologisation de la transidentité tendraient à remettre en cause l'obligation d'une nécessité médicale pour les procédures ou traitements de réassignation de genre. Or, comme le note Diane Roman en prenant l'exemple de la stérilisation chirurgicale, autorisée depuis 2001[154], des exceptions de plus en plus nombreuses au principe de la nécessité médicale sont ouvertes par l'intervention du législateur[155]. Ainsi, avec une plus large reconnaissance (notamment juridique[156]) du droit de chacun à l'autonomie corporelle, des atteintes à l'intégrité physique consenties, même sans nécessité médicale, paraîtraient de plus en plus acceptables.

En ce qui concerne la transidentité, il pourrait être avancé que le critère de nécessité médicale constitue une mesure de protection : protection du patient ou protection d'un certain ordre des genres. Si l'on se place du point de vue de la protection du patient, il est possible de considérer que même si ce critère de nécessité médicale peut conduire à barrer l'accès aux procédures et traitements de réassignation de genre à certaines personnes, cela se justifie par la volonté de protéger les patients contre l'arbitraire du corps médical. Ainsi, le fait de devoir justifier d'une nécessité médicale permet d'éviter que le patient ne subisse des procédures inutiles qui

---

[150] B. Preciado, *Testo Junkie : Sexe, drogue et biopolitique*, Grasset, 2008.

[151] Dont nous parlons ici au féminin car il s'agit du genre qu'il utilisait au moment de l'écriture et de la publication de l'ouvrage.

[152] V. en ce sens J. Zwingenberger, « Les corps mutants des artistes. Bio-art » *in Rue Descartes*, vol. 64, n° 2, 2009, p. 117-119.

[153] V. par ex, B. Preciado, *op.cit.,* p. 205 et s.

[154] V. loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

[155] D. Roman, « A corps défendant, La protection de l'individu contre lui-même », *in D.*, 2007, p. 1284.

L'auteure cite d'ailleurs le « transsexualisme » parmi les « hypothèses où des atteintes à l'intégrité sans bénéfice thérapeutique sont admises dès lors que le patient y a consenti ». Selon nous, il est impossible de l'affirmer alors que le changement de sexe ne fait l'objet d'aucune disposition législative qui permettrait d'en faire une exception à l'article 16-3 du code civil. De plus notre position est confirmée par une décision certes ancienne mais non remise en cause (Cass. crim., 30 Mai 1991, n° 90-84.420).

[156] CEDH, 29 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02.

pourraient être effectuées, par exemple, pour satisfaire l'intérêt scientifique du praticien. C'est précisément la situation qui a conduit à la condamnation d'un chirurgien par la cour d'appel d'Aix-en-Provence pour le délit de coups ou violences volontaires[157]. En l'occurrence, ce chirurgien souhaitait, par curiosité, réaliser une opération de réassignation sexuelle et a poussé un patient à la subir alors que ce dernier n'exprimait pas de volonté en ce sens – et a regretté cette procédure par la suite au point de se suicider –, ce qui a conduit la cour à considérer que cette procédure avait été effectuée sans nécessité thérapeutique[158] et engageait, de ce fait, la responsabilité pénale du médecin.

Cependant, contrairement à des procédures médicales habituelles qui sont subies, proposées par médecin et acceptées par le patient, la réassignation de genre est initiée par la volonté du patient. En conséquence, le critère de la nécessité médicale ne paraît pas ici le plus pertinent. Il ne s'agit pas de nier la possible gravité de la situation pour le patient ou d'affirmer qu'il ne peut pas y avoir de nécessité médicale : une personne transgenre peut ressentir un grand mal-être et souffrir d'une dysphorie de genre qui entraîne une détresse psychologique. Toutefois, ce n'est, d'une part, pas le cas de toutes les personnes transgenres – comme le montre par exemple l'expérience de Paul B. Preciado[159] –, et d'autre part, la « pathologie » elle-même peut être définie comme une volonté de changer de genre (ou du moins de modifier son expression de genre) et découle donc bien de la volonté du patient. De ce fait, le seul consentement suffit ici à protéger les patients. Par exemple, dans l'affaire précitée ayant mené à la condamnation pénale du chirurgien[160], le consentement du patient avait clairement été extorqué très rapidement après la première consultation. Les débats se sont concentrés sur l'absence de nécessité thérapeutique, sans doute parce que le consentement n'est pas considéré comme une justification en droit pénal[161], mais le consentement du patient n'avait pas non plus été respecté.

Ainsi, le critère de nécessité médicale n'est pas là pour protéger le patient des excès du médecin, puisque le seul consentement y suffirait, mais il peut servir à protéger la société contre la possibilité de changer de genre du fait de la seule volonté personnelle. L'exigence d'une

---

[157] CA Aix-en-Provence, 23 avr. 1990, *JCP G*, 1991, p. 21720, confirmé par Cass. crim., 30 mai 1991, *Bull. crim.*, n° 232.

[158] Cette décision fait référence à la « nécessité thérapeutique » (et non pas médicale) selon l'ancienne formulation de l'article 16-3 du code civil (qui a été modifié par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999).

[159] B. Preciado, *op.cit.,*

[160] CA Aix-en-Provence, 23 avr. 1990, *JCP G*, 1991, p. 21720, confirmé par Cass. crim., 30 mai 1991, *Bull. crim.*, n° 232.

[161] V. C. Leprince, « Le transsexualisme, évolution contemporaine des idées et du droit », *in Revue juridique de l'Ouest*, vol. 2, 2008, p. 133-182, ainsi que la discussion *infra* p. 66.

nécessité médicale peut ainsi aussi être une mesure de protection, non du patient, mais d'un certain ordre, perçu comme naturel, des genres. Il s'agirait alors d'une position morale qui considère que tout changement de genre ou de sexe devrait être interdit par principe, et autorisé seulement en dernier recours, par exemple pour prévenir des pathologies mentales graves menant à la dépression, à l'automutilation ou au suicide. Cet argument ne nous semble pas pouvoir être utilement discuté en ce qu'il se fonde sur une position morale extra-juridique – l'idée qu'il ne faut pas, en principe, pouvoir changer de genre puisque ce serait aller à l'encontre des « lois de la nature »[162] – dont nous ne partageons pas les prémisses. Cependant, les règles de droit, dans la mesure où elles doivent protéger les individus dans un ordre social, et non pas dans un ordre considéré comme naturel, ne devraient pas refléter cette position.

Il pourrait donc être envisageable – et il serait, selon nous, souhaitable – que les traitements ou opérations de réassignation de genre deviennent accessibles plus largement, sans qu'il n'y ait à justifier d'une nécessité médicale et par le seul consentement du patient, mais cela demanderait une intervention législative – à défaut de laquelle ces procédures restent par principe soumises à l'article 16-3 du code civil.

Par ailleurs, une vision pathologique de la transidentité nous paraît, en général, pouvoir être dangereuse. Une conception uniquement pathologique, en plus de s'avérer restrictive, peut même produire un effet inverse sur le respect de la volonté du patient. En considérant la transidentité comme un problème médical à réparer – dans une version simpliste, un problème né du fait d'« être dans le mauvais corps » –, une vision pathologique de la transidentité peut conduire à pousser vers une réassignation sexuelle complète, même lorsque cela ne correspond pas forcément à la volonté des personnes concernées[163].

Enfin, nous pouvons noter qu'il serait, dans le cas de pratiques artistiques, concrètement très difficile de mettre en cause la responsabilité du médecin. Tout d'abord, il paraît malaisé de

[162] V. C. Leprince, *op. cit.*

[163] Cet effet est renforcé par le fait que la conception pathologique est entérinée par le droit. C'est le cas par exemple de l'arrêt fondateur de la Cour de cassation (Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900) qui autorise le changement de sexe à l'état civil : « Lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ». Ainsi, selon de cette jurisprudence, la chirurgie de réassignation sexuelle était requise pour pouvoir modifier son sexe à l'état civil. Depuis 2016, un nouvel article 61-5 du code civil met l'accent sur le sexe socialement perçu – si une opération de réassignation sexuelle est prise en compte, elle n'est plus obligatoire pour obtenir une modification de l'état civil.

distinguer certaines procédures de réassignation de genre de simples procédures de chirurgie esthétique qui, elles, ne dépendent pas de la nécessité médicale mais uniquement du consentement du patient. En effet, même si cela n’est pas conforme aux critères de beauté communs, un homme biologique peut par exemple souhaiter, dans le cadre d’une chirurgie esthétique, acquérir des caractéristiques physiques typiquement féminines.

De plus, dans des cas comme celui d’Eva & Adele, il serait difficile d’arguer que la nécessité thérapeutique fait défaut aux interventions subies par les artistes. En effet, Eva & Adele font partie de ces artistes contemporains qui ne souhaitent plus distinguer leur réalisation artistique de leur vie privée. L’art est inhérent à l’identité de ces artistes, il est une partie non isolable de leur intimité. Eva & Adele sont ainsi un duo artistique et un couple dans leur vie privée et ce qu’elles documentent sont leurs occupations quotidiennes qui produisent, de façon continue, leur œuvre d’art. Il est alors impossible de faire une différence entre une procédure médicale qui serait subie pour l’image publique, pour la réalisation d’une œuvre d’art, et celle qui serait décidée pour des raisons personnelles et psychologiques.

2. Les tatouages et perçages

Le tatouage par effraction cutanée (ou tatouage permanent) consiste en l'injection d'encre sous la peau au moyen d'aiguilles tandis que le perçage vise à trouer une partie du corps afin d’y insérer un bijou. Ces deux techniques violent l’intégrité corporelle des personnes qui les utilisent. De plus, elles sont douloureuses, résultent en une modification corporelle définitive et présentent un certain degré de danger pour la santé. Malgré cela, ces procédures font l'objet d’un moindre encadrement juridique que les opérations médicales. Leur pratique est autorisée[164] mais reste évidemment soumise au consentement de la personne concernée. Il existe d’ailleurs des règlementations qui visent à s’assurer que le consentement au tatouage, maquillage permanent ou perçage soit éclairé, en faisant peser une obligation d’information sur les professionnels qui doivent présenter à leurs clients les risques médicaux encourus et insister sur le caractère définitif de la procédure[165].

---

[164] Les professionnels n’ont toutefois pas le même niveau de qualifications requis : ils doivent seulement suivre une formation d’hygiène et de salubrité (article R. 1311-3 du code de santé publique) et déclarer leur activité à l’agence régionale de santé (article R. 1311-2 du même code).

[165] Article R.1311-12 du code de la santé publique. V. aussi l’article R.1311-11 du même code qui dispose de la nécessité d'une autorisation parentale pour procéder au tatouage ou au perçage d'une personne mineure.

Ces pratiques effectuées dans le cadre artistique ne posent pas de question spécifique dans la mesure où le tatouage et le perçage ont déjà communément un but esthétique[166], et non thérapeutique. Ainsi il n'existe pas de différence majeure entre une pratique purement ornementale et une pratique artistique du tatouage ou du perçage (qui s'effectuerait lors de performances publiques par exemple). Les deux démarches peuvent être vues comme une recherche esthétique – embellir le corps – voire comme une tentative d'individualisation de son corps.

Si tatouage et perçage sont principalement réalisés pour des raisons ornementales, ces pratiques sont également intéressantes en ce qu'elles peuvent être détournées de cette fonction première En particulier, le perçage, en plus de sa fonction esthétique, peut être utilisé dans le cadre de pratiques d'automutilation, voire de pratiques sexuelles sadomasochistes. Or, c'est en prenant en compte à la fois la dimension esthétique (et parfois rituelle[167]) et le caractère douloureux du perçage que se développent les performances d'art corporel utilisant cette technique.

Ces performances se sont développées en parallèle de la popularisation du perçage ornemental, débutée dans les années 1980. La pratique était alors cantonnée à des milieux homosexuels marginaux et subversifs dans lesquels le perçage était largement utilisé comme une pratique davantage sexuelle qu'esthétique[168]. C'est également de ces milieux que proviennent une part significative des artistes de performance ayant construit leur œuvre autour de l'expérience de la douleur.

[166] Sur la signification contemporaine des modifications corporelles à finalité esthétique et les motivations des personnes (notamment adolescentes) qui y ont recours, voir le sociologue D. Le Breton, *Signes d'identité. Tatouage, piercing et autres marques corporelles*, Métailié, 2002 ; *L'adieu au corps*, Métailié, 1999.

[167] Nous pensons ici tout particulièrement à l'artiste américain Fakir Mustapha, considéré, selon le titre de V. Vale, comme l'un des pionniers du mouvement des *« Modern Primitives »* (primitifs modernes). Il utilise le perçage lors de performances pour se rapprocher de rituels traditionnels à l'aide d'une démarche anthropologique. Il présente son travail comme s'inscrivant dans une recherche spirituelle tout en utilisant le perçage comme une pratique sexuelle fétichiste et sadomasochiste.

[168] V. sur le sujet du perçage utilisé dans l'art de performance, la thèse de Catherine Souladié, *La performance dans les arts plastiques aujourd'hui : tatouages et piercings*, Art et histoire de l'art. Université Michel de Montaigne - Bordeaux III, 2012.

B. La sexualité violente

Alors que nous posons la question de la validité juridique du consentement donné par l'artiste dont le corps est malmené, il nous paraît fructueux de prendre l'exemple des pratiques sexuelles sadomasochistes – pratiques qui ont d'ailleurs parfois été rapportées dans le domaine artistique pour être montrées au public sous la forme de performances. La violence des actions accomplies est alors importante, ce qui permet de prendre un exemple extrême d'atteinte physique consentie afin d'en faire une analyse juridique.

Les pratiques sexuelles violentes ritualisent le consentement, parfois sous la forme d'un contrat, ce qui rejoint une certaine analyse des performances artistiques comme pratiques (symboliquement) contractuelles (1). Selon une analyse classique, malgré le contexte particulier, les activités sexuelles violentes sont susceptibles de tomber sous le coup de qualifications pénales (2) mais cette analyse pourrait être remise en cause par la jurisprudence de la CEDH reconnaissant un droit à l'autonomie personnelle (3).

1. Le contrat masochiste et l'art corporel

Des artistes fréquentant la scène fétichiste et sadomasochiste ont ramené ces pratiques sexuelles dans le champ de l'art. Ils permettent ainsi à des actes sexuels transgressifs et extrêmement violents de devenir des pratiques corporelles expérimentales et artistiques. Leur but est souvent de choquer et de dénoncer une société qu'ils jugent puritaine et intolérante en exposant des pratiques marginales[169], tout en explorant leur propre intimité en rendant publique leur sexualité privée. En effet, cette démarche brouille la frontière du public et du privé car ces artistes exposent, parfois presque sans mise en scène, des pratiques qui leur sont habituelles dans leur sexualité personnelle.

Ainsi, entre pratique intime et dénonciation publique, l'un des artistes illustrant en précurseur ce courant de l'art corporel est Albrecht Becker. Ce photographe allemand fut emprisonné en 1935 pour son homosexualité. Becker a dès lors utilisé le tatouage et le perçage de son propre corps comme un mode d'exploration de sa sexualité – en en dérivant un plaisir masochiste –

[169] V. en ce sens les performances de Franko B, dans lesquelles celui-ci se vide de son sang sur scène.

qui exprimait aussi secrètement la résistance de son corps d'homme homosexuel à l'entreprise normalisatrice du nazisme[170].

Cet exemple relève de l'automutilation, donc peut être justifié juridiquement par la liberté de la personne à porter une atteinte à son propre corps[171]. Il arrive aussi que l'artiste masochiste fasse appel à autrui, à un « maître » ou une « maîtresse » qui lui inflige des sévices dans le cadre du jeu sexuel. Par exemple, l'artiste américain Bob Flanagan, qui a réalisé des performances extrêmement violentes lui ayant valu le surnom de « supermasochiste »[172] travaillait avec Sheree Rose, la dominatrice avec laquelle il entretenait également une relation privée.

Dans un ouvrage qui constitue une contribution importante à l'histoire et à la théorie de l'art corporel, *Contract with the skin*[173], l'historienne de l'art américaine Kathy O'Dell analyse l'art corporel des années 1970 comme un pratique du contrat masochiste[174]. Elle applique ce modèle à de nombreuses œuvres d'art corporel dans lesquelles l'artiste exploite sa propre douleur physique[175] et pas uniquement aux pratiques, évoquées plus haut, qui sont directement transposées de la sexualité sadomasochiste. L'auteure considère que ces artistes de l'art corporel passent un contrat masochiste, en général tacite, à la fois avec le public – qui accepte de ne pas intervenir – et, le cas échéant, avec les participants ou assistants – qui acceptent de les blesser. Ils poussent ainsi les possibilités du contrat à leurs limites, ce qui fait de ces pratiques un reflet de la rupture du contrat social qui caractériserait les années 1970 (notamment avec l'opposition à la guerre du Vietnam). Ainsi, selon, Kathy O'Dell, « la portée cruciale de ces performances masochistes concerne les accords – ou contrats – que nous concluons tous quotidiennement avec d'autres mais qui peuvent ne pas être dans notre propre intérêt »[176]. Cet argument ne peut être transposé tel quel dans le domaine juridique puisqu'il utilise la notion de

---

[170] P. Chanay, « Becker, le marqué » *in Quasimodo*, n° 7 (« Modifications corporelles »), printemps 2003, Montpellier, p. 105-112. L'auteure développe la résistance tacitement opposée au nazisme par les modifications corporelles de Becker, p. 109 : « Le corps beckerien est celui dans lequel la dictature nazie certainement, échoua à s'implanter, un corps dont il devait par tous les moyens reprendre possession, un corps travaillé pour en expurger l'idée même de ″race pure″ ».

[171] V. *supra* p. 41 et s.

[172] A. Juno & V. Vale, *Bob Flanagan: Supermasochist*, RE/Search, 1993

[173] K. O'Dell, *Contract with the skin*, University of Minnesota Press, 1998.

[174] Expression que l'auteure reprend de G. Deleuze, *Présentation de Sacher-Masoch*, Editions de Minuit, 1967.

[175] Elle analyse en particulier le travail de Chris Burden, Gina Pane, Vito Acconci et Marina Abramovic et Ulay.

[176] K. O'Dell, *op. cit.,* p. 2, traduction libre de l'anglais.

contrat non pas comme une notion de droit positif mais comme métaphore[177] – l'ouvrage navigue d'ailleurs entre une définition juridique du contrat comme accord entre personnes individuelles et une acception moins littérale, provenant des sciences politiques, du contrat comme contrat social. Cependant, en analysant l'art corporel sous l'angle du contrat, l'auteure met en lumière une question importante pour les juristes, aussi bien pour l'analyse des pratiques sexuelles violentes que pour celle des œuvres d'art corporel qui peuvent s'en rapprocher, celle du consentement (et de la validité du consentement) des participants à l'acte de violence – ainsi que celui du public que nous étudierons davantage par la suite[178].

En effet, la sexualité violente consentie nous semble être un cas d'étude particulièrement intéressant en ce que la culture du milieu sadomasochiste insiste sur les notions de contrat – comme accord entre tous les participants à l'acte sexuel – et de consentement, ramenant ainsi symboliquement dans le cadre intime des termes et un certain formalisme juridiques[179]. Au regard du droit, ces contrats ne sont pas valides parce qu'ils dérogent aux bonnes mœurs[180] ou parce que leur contenu est illicite[181]. Ils ne pourraient donc pas faire l'objet, par exemple, d'une exécution forcée devant une juridiction[182]. D'ailleurs, les notions de contrat et de consentement peuvent se trouver ici en contradiction dans la mesure où le contrat a pour objectif de fixer à l'avance les engagements des parties de manière à se prémunir contre un changement d'avis en cours d'exécution tandis que le consentement, notamment le consentement aux actes sexuels,

---

[177] Bien que l'auteure se réfère à la théorie du droit des contrats et utilise en particulier l'ouvrage du juriste américain G. Gilmore, *The Death of Contract*, The Ohio State University Press, 1974, pour illustrer le problème posé par le fait que les termes du contrat ne correspondent pas toujours à la véritable volonté des parties.

[178] V. *infra* p. 72.

[179] V. l'analyse philosophique de la pratique du contrat de soumission chez Deleuze, pour lequel le contractualisme est un élément essentiel du masochisme (qui le différencie du sadisme). V. G. Deleuze « De Sacher-Masoch au masochisme » in G. Deleuze, Lettres et autres textes, Editions de Minuit, 2015, p. 169-181 : « Le second caractère du masochisme, encore plus opposé au sadisme, est le goût du contrat, l'extraordinaire appétit contractuel. Le masochisme doit être défini par ses caractères formels, non pas par un contenu soi-disant dolorigène. Or, de tous les caractères formels il n'y en a pas de plus important que le contrat. »

[180] Article 6 du code civil.

[181] Article 1128 du code civil.

[182] Ce dont les participants à ces pratiques ont bien conscience, v. « Nonbinding Bondage » *in Harvard Law Review*, vol. 128, n° 2, 2014, p. 713–734.

peut être retiré à tout moment[183]. Le contrat pourrait ainsi, paradoxalement, contraindre le consentement[184] – or, pour les actes sexuels, c'est bien cette dernière notion qui prévaut[185].

Le contrat masochiste peut être analysé comme une parodie du contrat que le masochiste prend plaisir à jouer[186]. Il ne s'agit pas d'affirmer que les participants ne prennent pas le contrat masochiste au sérieux mais au contraire qu'en le prenant au sérieux, ils détournent le contrat de son usage normal pour en faire un moyen de satisfaction sexuelle. Le contrat masochiste permet d'exploiter les ambiguïtés de l'outil juridique contractuel à des fins sexuelles[187]. Enfin, davantage qu'il ne sécurise la transaction sexuelle, le contrat masochiste pose en creux la question de la possibilité du consentement, en particulier dans le domaine sexuel. Il s'agit en effet d'un domaine dans lequel le consentement est particulièrement critiqué du fait de sa binarité qui ne correspond pas à la complexité du désir[188]. Or le contrat masochiste, en affirmant

---

183 V. B. Fages (dir.), *Le Lamy Droit du contrat,* Wolters Kluwer, 2019, n° 1096 : « L'absence de toute valeur juridique conférée aux accords planifiant des atteintes à l'intégrité corporelle d'une partie n'est donc pas remise en question [par CEDH, 17 février 2005, K.A. et A.D. c. Belgique, n° 42758/98 et 45558/99] car, comme le précise l'arrêt, l'effet absolutoire produit par le consentement du sujet suppose une acceptation persistante des sévices. Or, le propre d'un contrat est de pouvoir être exécuté malgré un éventuel relâchement des intentions de celui qui s'engage. »

A noter qu'il s'agit ici de distinguer théoriquement contrat et consentement. Cependant, en pratique, le contrat sexuel peut prévoir la possibilité d'un changement dans le consentement, notamment en mettant en place un *safe word,* mot code qui, dès qu'il est prononcé par la personne soumise, doit mettre fin à la relation (v. « Nonbinding Bondage » *in Harvard Law Review*, vol. 128, n° 2, 2014, p. 713–734).

184 C'est l'un des effets indésirables qui pourraient résulter d'une contractualisation des relations sexuelles – contractualisation parfois proposée pour lutter contre le viol et les agressions sexuelles – comme le fait remarquer l'article « Nonbinding Bondage » *in Harvard Law Review*, vol. 128, n° 2, 2014, p. 713–734.

185 V. sur les pratiques sadomasochistes, CEDH, 17 février 2005, K.A. et A.D. c. Belgique, n° 42758/98 et 45558/99

186 L'analyse est celle de Deleuze. Le contrat est détourné par la pratique masochiste en particulier parce que sa fonction relève normalement du masculin, de l'organisation d'une société patriarcale. Or le contrat masochiste attribue, chez Sacher-Masoch, le pouvoir (et jusqu'au pouvoir de donner la mort) à une femme dominante. En cela, note Deleuze, « le masochisme ne peut pas se séparer du contrat, mais en même temps qu'il le projette sur la femme dominante, il le pousse à l'extrême, en démonte les rouages et, peut-être, le tourne en dérision » (G. Deleuze « De Sacher-Masoch au masochisme » in G. Deleuze, *Lettres et autres textes*, Editions de Minuit, 2015, p. 169-181). V. aussi G. Deleuze, *Présentation de Sacher-Masoch*, Editions de Minuit, 2007 p. 79 et s.

V. aussi, sur le caractère parodique du contrat masochiste, L. de Sutter, « Une pratique comique du droit est-elle possible ? » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 60, n° 1, 2008, p. 157-171.

187 Ces ambiguïtés sont soulignées dans l'article « Nonbinding Bondage » *in Harvard Law Review*, vol. 128, n° 2, 2014, p. 713–734 : « En cherchant à fusionner deux domaines si disparates [le contrat juridique et l'intimité sexuelle], les contrats BDSM semblent se placer sans cesse au bord de l'incohérence théorique ou de la circularité. Ils suggèrent que les actes de capacité (*agency*) peuvent permettre l'assujettissement et les actes d'assujettissement la capacité ; que les performances d'égalité peuvent produire des inégalités et les performances d'inégalités de l'égalité ; que les limites et les stipulations peuvent accroître à la fois la certitude et l'ambiguïté ; et que les contrats ayant pour but le plaisir sexuel peuvent simultanément souligner, masquer et obscurcir le sexe désiré. » (Traduction libre de l'anglais.)

188 V. notamment l'ouvrage de la philosophe M. Marzano, *Je consens, donc je suis…,* PUF, 2014, p. 129 et s.

Plus généralement sur la difficulté à prendre en compte le consentement sexuel en droit pénal, J. F. Chassaing, « Le consentement. Réflexions historiques sur une incertitude du droit pénal » *in* D. Borillo et D. Lochak, *La liberté sexuelle*, PUF, 2005.

régir une relation à travers l'énonciation de prescriptions mutuellement consenties, abolit l'ambiguïté qui sous-tend le consentement, au service du jeu des participants.

2. Actes prohibés par le droit pénal

Lors d'une relation sexuelle sadomasochiste, les agissements de la personne dominante (coups, strangulation, etc.) doivent être juridiquement qualifiés de violences. Ils sont pénalement répréhensibles selon les articles 222-7 à 222-13 du code pénal, articles qui modulent la peine encourue selon les conséquences que la violence peut entraîner sur la santé de la victime[189]. La constitution de cette infraction nécessite un élément moral : il faut que le coupable ait voulu porter atteinte à l'intégrité physique de la victime, ce qui est bien le cas dans le cadre d'une relation sexuelle violente. En revanche, le droit pénal ne prend pas en compte les motivations de l'agresseur – peu importe donc que celui-ci ait voulu attenter à l'intégrité physique de la victime sans intention malveillante et dans un objectif sexuel[190].

Le contexte dans lequel les violences ont lieu n'est pas non plus pertinent dans la caractérisation de l'infraction. Ainsi, les violences ayant pour cadre l'intimité ne sont pas considérées comme de moindre gravité. Au contraire, cet élément peut même être pris en compte par le droit pénal pour aggraver la peine encourue, les actes commis sur une conjointe, une partenaire ou une concubine étant considérés comme des violences conjugales[191].

La démarche qui consiste à objectiver juridiquement les relations sexuelles sadomasochistes en les assimilant à des délits de violences volontaires est largement contestable. En premier lieu, du côté de l'auteur des actes, la motivation diffère. Certes, l'élément moral de l'infraction est caractérisé, dans la mesure où l'auteur a bien eu l'intention de provoquer la douleur ou de blesser la victime – mais la justification intrinsèque des actes renvoie à la volonté de satisfaction

---

189 Les sanctions peuvent ainsi atteindre 15 ans de réclusion criminelle en cas de mort accidentelle de la victime (art. 222-7 du code pénal). Des violences peuvent également constituer un délit puni de 10 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende lorsque les violences ont causé une infirmité ou une mutilation permanente (art. 222-9 du code pénal), de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende en cas d'ITT supérieure à 8 jours (art. 222-11 du code pénal). Les violences ayant entraîné une ITT inférieure à 8 jours sont, elles, considérées comme une contravention de 5ème classe (art. R. 625-1 du code pénal) tandis que celles n'ayant entraînées aucune blessure sont une contravention de 4ème classe (art. R. 624-1du code pénal).

190 Pour des exemples de jurisprudence (condamnation pour violences suite à des relations sexuelles sadomasochistes) voir : CA Grenoble, 11 mars 2009, n°08/00699 ; Cass. crim., 2 déc. 2009, n°09-82.447 ; Cass. crim. 22 fév. 2011, n°10-88.209 ; Cass. crim., 7 août 2013, n°13-83.609 ; Cass. crim., 9 fév. 2016, n°15-871.40.

191 Voir les articles 222-8, 222-10, 222-12 et 222-13 du code pénal.

mutuelle des deux partenaires consentants. En second lieu, du côté de la victime, les conséquences des actes ne seront pas identiques. Les conséquences physiques peuvent certes s'exprimer, comme dans tous les cas de violences volontaires, en nombre de jours d'ITT. Toutefois les conséquences morales ou psychologiques seront *a priori* moindres dans le cas d'actes acceptés voire recherchés. La démarche d'objectivation ici contestée revient *a contrario* à considérer un acte de violence commis sur une victime malgré elle comme équivalent à un acte de même gravité effectué dans un cadre intime et, surtout, dans l'objectif de satisfaire les envies sexuelles d'une « victime » masochiste consentante.

Ainsi, Oliver Cayla, en commentant l'arrêt de la CEDH Laskey, Jaggard and Brown c. Royaume-Uni[192], relève que l'expression « sadomasochisme » est peu appropriée pour décrire les relations sexuelles violentes consenties[193]. Si le masochiste recherche en effet la douleur, le sadique, lui, ne trouverait du plaisir que dans la souffrance infligée à une victime non consentante – ainsi les deux ne pourraient se rencontrer[194]. Or, selon M. Cayla, le droit, en occultant le contexte des relations dites sadomasochistes, les considère comme des relations sadiques (donc non consenties), ce qui lui permet en fait de réprimer le masochisme (en tant que désir sexuel « déviant »).

Pour que le sadomasochisme puisse être reconnu conceptuellement comme une pratique sexuelle distincte du délit de violences volontaires, encore faut-il que le consentement du partenaire victime existe et soit intègre. Il convient de souligner que dans l'ensemble des arrêts que nous avons rencontrés[195], et même si cet élément n'est pas explicitement pris en compte par les juridictions, les actes de sadomasochisme étaient intervenus dans un climat de contrainte et, souvent, de violence conjugale dans lequel le consentement de la victime, s'il existait, semblait n'avoir été obtenu que par intimidation. On peut s'interroger en conséquence sur le point de savoir si, au-delà de la lettre des jugements, les juridictions n'ont pas pris en compte de manière implicite le contexte des actes reprochés, et si une condamnation interviendrait dans le cas d'une relation effectivement consensuelle.

---

[192] CEDH, 19 février 1997, Laskey, Jaggard and Brown c. RU, n° 21627/93, 21628/93 et 21974/93. V. *infra* p. 65 pour notre analyse de cette décision.

[193] O. Cayla, « Le plaisir de la peine ou l'arbitraire pénalisation du plaisir » i*n* D. Borillo et D. Lochak, *La liberté sexuelle*, PUF, 2005.

[194] V. G. Deleuze, *Présentation de Sacher-Masoch*, Editions de Minuit, 2007 p. 36 et s.

[195] V. *supra* note n° 190.

Enfin nous pouvons nous poser la question de l'éventuel caractère justificatif du consentement de la victime. Selon les auteurs (minoritaires) tenants de la théorie du caractère justificatif du consentement, l'accord de la victime à la commission d'une infraction serait de nature à faire disparaitre la faute ou tout du moins rendrait inutile la poursuite du coupable[196]. Cependant il existe aujourd'hui une quasi-unanimité parmi la doctrine française pour considérer que les infractions pénales ne peuvent pas être justifiées par le consentement de la victime[197], parce que les textes n'évoquent pas cette possibilité et surtout parce que l'objectif du droit pénal étant la protection de la société en son entier et non d'un individu particulier, il ne peut y être dérogé par un accord privé[198].

Toutefois, en ce qui concerne le corps, des évolutions relativement récentes ravivent la possibilité d'un consentement justificatif de la victime. Il s'agit d'abord, des réformes et des débats bioéthiques dans le domaine médical (en particulier sur le don d'organe et l'euthanasie)[199]. Ensuite, les débats concernant la portée du droit, pour la personne, à disposer de son corps font également écho à cette question du consentement de la victime. En effet, si le consentement de la victime était permissif, s'il excusait la commission de délits portant atteinte au corps de la victime, cela équivaudrait à la reconnaissance d'un certain droit à disposer de son corps puisque cette victime aurait valablement la possibilité de se soumettre, en donnant un consentement libre et éclairé, à des actes qui lui sont pourtant nuisibles et qui constituent normalement une infraction. La reconnaissance de l'autonomie personnelle comme un droit fondamental par la CEDH permet en effet d'envisager une évolution du droit pénal qui irait vers la prise en compte du consentement de la victime.

---

[196] V. notamment X. Pin, « Le consentement a lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? » *in Droits,* n° 49, 2009, p. 83-106.

Il existe certaines infractions pour lesquels le désaccord de la victime est constitutif de l'incrimination. Ainsi, il ne peut y avoir de vol avec le consentement du volé. Cette théorie concerne donc les infractions pour lesquelles le consentement de la victime ne ferait *a priori* pas partie de la définition.

[197] V. par exemple, parmi les manuels de droit pénal : B. Bouloc, *Droit pénal général*, 26ème éd., Dalloz, 2019, n° 446 et s. ; F. Debove et F. Falletti, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 7ème éd., PUF, 2018, p. 219 et s. ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, 5ème éd., LexisNexis, 2019, n° 1240 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, 22ème éd., Editions Cujas, 2019, n° 602 et s.

[198] En ce sens, notamment B. Bouloc, *op. cit.* et E. Dreyer, *op. cit.*

[199] Voir à ce propos P. Salvage, « Le consentement en droit pénal » *in Rev. sc. crim.*, 1991, p. 699 et s. ; F. Alt-Maes, « L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime » i*n Rev. sc. crim.,* 1990, p. 244 et s.

3. Actes justifiés par le droit à l'autonomie personnelle ?

Après avoir dégagé la notion d'autonomie personnelle de l'article 8 de la Convention[200], la CEDH s'est vue par deux fois confrontée à des cas dans lesquels cette notion a été revendiquée par des personnes condamnées selon leur droit pénal national pour avoir commis de actes de violence dans le cadre de relations sexuelles sadomasochistes.

En 1997, la Cour rendit l'arrêt Laskey, Jaggard and Brown c. Royaume-Uni[201]. Cette affaire concernait notamment la pratique du perçage dans le cadre de pratiques sexuelles violentes dans le milieu homosexuel britannique, pratiques qui ont donné lieu dans les années 1980 à une importante affaire de mœurs[202]. Plusieurs hommes prenant part à ces pratiques furent arrêtés lors d'une opération policière d'envergure, dite opération Spanner, et certains furent condamnés pour des faits de coups et blessures par les juridictions britanniques[203]. Les condamnés se prévalurent devant la CEDH d'une violation de l'article 8 de la Convention en ce que l'État britannique exerçait une ingérence disproportionnée dans leur droit à la vie privée – comprenant la liberté sexuelle. Ils furent déboutés au motif que cette ingérence (avérée) poursuivait un but légitime, la protection de la santé publique, et que les condamnations pénales pouvaient être jugées proportionnées au but recherché. La Cour a ainsi estimé que « l'un des rôles incontestablement dévolus à l'État est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels » et « que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre n'y change rien »[204]. On peut relever que la question du consentement n'est pas abordée par l'arrêt, qui s'en tient à une analyse classique en droit pénal sans prise en compte du cadre particulier que constitue la sexualité violente consentie.

---

[200] CEDH, 29 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02.

[201] CEDH, 19 février 1997, Laskey, Jaggard and Brown c. Royaume-Uni, n° 21627/93, 21628/93 et 21974/93.

[202] Le traitement médiatique et juridique de cette affaire, de façon intéressante, a exercé une influence sur l'œuvre certains artistes proches des hommes arrêtés dans l'opération Spanner, notamment Ron Athey ou encore Franko B. (avec la performance *Mama, I can't sing*, 1996).

[203] La décision de la chambre des Lords, *Regina v. Brown* ([1993] UKHL 19), ne reconnaît pas de caractère permissif au consentement de la victime d'actes violents. Une limite intéressante est dégagée par le juge britannique : il existe de nombreuses exceptions à ce principe, des cas dans lesquels le consentement de la victime rend licite une activité violente. Il faut pour cela que la victime dispose d'une raison légitime de consentir. Ainsi les tatouages et perçages réalisés dans un but ornemental ne constituent pas une infraction, alors que les mêmes actes effectués dans un cadre sexuel sont répréhensibles. De façon presque caricaturale, Lord Lowry contraste les sports virils, qui sont des activités violentes justifiées, avec les pratiques sexuelles déviantes, qui n'en sont pas. La différence se situerait dans les conséquences, vues comme positive ou néfastes, de ces deux types d'activités. Le juge considère ainsi que « les activités sadomasochistes homosexuelles ne peuvent être considérées comme étant propices à l'amélioration ou l'appréciation de la vie de famille ou propices au bien-être de la société » (traduction libre de l'anglais).

[204] Point 43 de la décision.

En 2005, l'affaire K.A. et A.D. c. Belgique[205] reçut une solution légèrement différente. Les requérants avaient été condamnés en Belgique, suite à des pratiques sexuelles sadomasochistes, pour avoir volontairement infligé des coups et blessures à une autre personne. Ils se prévalurent également devant la Cour d'une violation de l'article 8. Dans ce cas, la Cour considéra encore une fois que l'ingérence de l'État belge dans la vie privée des requérant, bien qu'existante, était justifiée et proportionnée. Cependant, pour estimer cette ingérence justifiée, la Cour ne mit pas en avant la protection de la santé (bien qu'elle l'évoque) comme dans l'arrêt Laskey, Jaggard and Brown c. Royaume-Uni, mais la protection des droits et libertés d'autrui (en l'occurrence de la victime). La CEDH fonde son raisonnement sur l'absence de consentement de la victime qui, dans les faits, avaient clairement exprimé son refus de continuer les actes sadomasochistes auxquels elle s'était initialement soumise volontairement. Selon la Cour :

> « Si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la "victime" de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti. Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect, ce qui ne fut pas le cas ».[206]

Cette décision semble donc impliquer, par contraposée, que si la victime avait été consentante, la relation sexuelle, même objectivement contraire au droit pénal, aurait été protégée par l'article 8 de la Convention et l'État aurait alors été condamné par la CEDH. Transposée en droit interne, cette décision reviendrait à faire du consentement de la victime un fait justificatif permettant d'éviter une condamnation pénale – ce qui suppose que la victime ait la possibilité de disposer de son corps[207].

Or, si cette décision n'est pas en tant que telle appliquée par les juridictions nationales[208], elle laisse certainement présager une jurisprudence de plus en plus favorable à l'autonomie personnelle qui pourrait, à terme, rendre incontestablement disponible l'intégrité physique[209].

---

[205] CEDH, 17 février 2005, K.A. et A.D. c. Belgique, n° 42758/98 et 45558/99.

[206] Point 85 de la décision.

[207] Cette position est critiquée, v. par exemple M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme » *in D.,* 2005, p. 2973 ; B. Edelman, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché » » *in D*, 2011, p. 897.

[208] V. note 190 *supra.*

[209] En ce sens, X. Pin*, op. cit.*

Ainsi, Emmanuel Dreyer estime que si le consentement de la victime ne peut pas, en général, être considéré comme un fait justificatif, la jurisprudence de la CEDH rend effectivement l'intégrité physique disponible. Dès lors, toute atteinte physique ne serait pas constitutive d'une infraction de violence au sens du code pénal dans la mesure où « la violence ne peut procéder que d'un acte brutal, c'est-à-dire "imposé" à autrui »[210].

Des questions demeurent toutefois. Ainsi, le consentement de la victime ne vaut-il ici que parce qu'il est donné dans le cadre sexuel et donc concerne une activité en elle-même protégée par le biais du droit au respect de la vie privée ? Ou la solution peut-elle être élargie, comme l'estime Emmanuel Dreyer, à toutes les atteintes à l'intégrité physique ? Il est vrai que dans sa décision K.A. et A.D. c. Belgique, la CEDH rappelle à plusieurs reprises que les activités sadomasochistes mises en cause relevaient de la sexualité des participants et donc d'une sphère intime très clairement protégée par l'article 8 de la Convention[211]. Cependant, il nous semble qu'à travers la notion d'autonomie personnelle mobilisée par la Cour, c'est, en soi, l'usage libre du corps qui est protégé par le droit au respect de la vie privée. Cette protection devrait donc s'appliquer à toutes les activités, privées comme publiques, pour lesquelles une personne est susceptible d'engager son corps. Si tel est le cas, elle devrait être applicable à d'autres contextes, par exemple aux situations impliquant le consentement des pratiquants de sports dangereux – voire interdits comme le MMA[212] – ainsi qu'aux pratiquants de l'art corporel.

La notion d'autonomie personnelle peut être utile pour protéger les libertés mais son extension illimitée nous paraîtrait critiquable. Le débat autour de l'autonomie personnelle s'est beaucoup concentré sur la possibilité de faire des choix concernant son propre corps : une personne devrait-elle pouvoir consentir à tout, tous les choix peuvent-ils être légitimes, etc. Cela conduit à ne prendre en compte que la personne qui consent à une action sur son corps, sans s'interroger sur le comportement de celui qui commet l'acte. Or, une personne qui fait des choix concernant

---

[210] E. Dreyer, *Droit pénal général*, 5ème éd., LexisNexis, 2019, n° 1240

[211] Point 79 : « Des éléments tels que le sexe, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des composantes importantes du domaine personnel protégé par l'article 8. »

Point 83 : « Ce droit [au respect de la vie privée] implique le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur […], en ce compris dans le domaine des relations sexuelles, qui est l'un des plus intimes de la sphère privée et est à ce titre protégé par cette disposition […]. »

[212] Aujourd'hui interdit en France par l'arrêté du 3 octobre 2016 relatif aux règles techniques et de sécurité applicables aux manifestations publiques de sports de combat. Les dispositions de son article 2, insérées au code du sport, classent en effet les coups de coude – autorisés au MMA – parmi « les techniques strictement interdites qui entraînent la disqualification immédiate des sportifs ». De même pour « les coups […] visant un combattant au sol ». L'arrêté prévoit enfin que « les combats se déroulent sur un tapis ou sur un ring à 3 ou 4 cordes », ce qui exclut le ring octogonal du MMA.

son propre corps donne aussi le droit à autrui d'agir sur son corps – éventuellement pour lui faire du mal. Autrement dit, le corollaire de l'autonomie personnelle est qu'une personne agit aussi sur le corps d'autrui. Même si on considère que, du fait du droit à la liberté personnelle, une personne peut vouloir se faire torturer dans le cadre d'une relation sexuelle, pour que ce droit soit effectif, cela nécessite de donner l'autorisation à quelqu'un de la torturer. La question qui se pose alors n'est seulement celle de ce qu'on peut faire de son propre corps, mais elle doit prendre en considération ce qu'on a le droit de faire au corps d'autrui (même consentant)[213]. Le problème de la notion d'autonomie personnelle n'est pas qu'elle autorise quelqu'un à faire ce qu'il veut de son propre corps, c'est qu'elle conduit à ne pas réprimer ce qu'on peut faire au corps de l'autre. L'autonomie personnelle conduit, au final, à considérer qu'il n'existe pas d'actes intrinsèquement répréhensibles puisque tout acte peut être justifié par le consentement. Or, certains actes nous paraissent devoir être réprimés, non pas parce que la victime n'a pas le droit de les accepter, mais parce que l'agresseur ne devrait pas avoir le droit de les commettre.

Sans être par principe opposés à la notion d'autonomie personnelle, nous pensons que cette notion doit être appréciée *in concreto* – ce qui tend à correspondre au raisonnement adopté par la CEDH –, et non de façon mécanique. Ainsi, il ne faudrait pas que la seule présence d'un consentement puisse justifier tous les actes, commis dans tous les contextes. Des éléments tels que la gravité de l'atteinte ou la volonté active (différente de la simple acceptation) de la personne victime peuvent être pris en compte. Il serait, par exemple, absurde de chercher à imposer le même raisonnement juridique sur la personne qui cherche à mourir d'un suicide assisté car elle est atteinte d'une maladie chronique (comme la requérante de l'affaire Pretty[214]) et celle qui voudrait être torturée dans le cadre d'un jeu sexuel. Certes, dans les deux cas, l'action concerne le corps, mais la notion d'autonomie personnelle ne peut leur être appliquée de la même manière sauf à tomber dans un excès de généralisation par pure volonté d'abstraction.

Enfin, il faut noter qu'en donnant une importance juridique au consentement de la victime, l'intégrité de ce consentement devient essentielle. Un consentement ne peut avoir de portée que s'il est donné en pleine connaissance de cause. Cela exclut notamment les œuvres d'art fondées sur l'aléa – dans lesquelles le déroulement n'est pas prévu. En effet, l'artiste ne peut consentir

213 Une idée similaire est exprimée par M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle : Indisponibilité du corps humain et justice sociale », in *D.,* 2008, p. 31.
214 CEDH, 29 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02.

par avance à mettre son corps en danger s'il ne sait pas exactement à quels dangers il sera soumis.

Pour prendre un exemple : en 1974, Marina Abramovic se livre au public de l'une de ses performances, *Rythm 0.* Elle met à la disposition du public 72 instruments (entre autres un morceau de pain, une plume, des ciseaux et même un pistolet chargé) avec pour seule instruction d'utiliser ces objets librement sur son corps. Elle dira plus tard, à propos du risque pris dans cette performance, que si « vous laissez le public décider, il peut vous tuer »[215]. Cette performance, comme d'autres[216], présente un corps d'artiste vulnérable face au public – vulnérabilité renforcée par le fait qu'il s'agit d'un corps féminin qui est exposé[217]. Le consentement accordé d'avance qui fonde le dispositif artistique de cette pièce ne peut pas ici être valable juridiquement.

En offrant un corps sans défense à l'intervention des spectateurs, ces artistes invitent leur public à intervenir directement dans une œuvre d'art, ce qui nous amène à examiner les implications juridiques de la présence de spectateurs lors de ces performances.

---

[215] « *The experience I drew from this piece was that in your own performances you can go very far, but you leave decisions to the public, you can be killed* », M. Abramovic, citée dans M. Richards, *Marina Abramovic*, Routledge, 2010, p. 90

[216] Pour n'en citer que des exemples ponctuels, Yoko Ono laisse les spectateurs la déshabiller peu à peu en découpant ses vêtements avec *Cut Piece* (1965) ; Valie Export, dans *Aktionshose : Genitalpanik* (*Action pantalon : Panique génitale*) en 1969, entre dans un cinéma pronographique armée d'une mitraillette et propose aux clients de toucher son sexe. Ces deux performances, réalisées par des artistes femmes, ont une forte portée symbolique et interrogent toutes deux le statut du corps de la femme en tant qu'objet érotique passif.

[217] Il s'agit d'une vulnérabilité authentique par la prise de risque de l'artiste, dont le corps est véritablement à la merci des spectateurs. Toutefois cette vulnérabilité est aussi factice en tant qu'elle est mise en scène, car l'artiste seul décide et connaît le protocole de sa performance. Il joue sur son statut d'artiste, et sur la distance que celui-ci crée avec les spectateurs, tout en se proposant d'abolir cette distance.

SECTION 2. La violence présentée au public

Une performance doit *a priori* avoir lieu en public, la coprésence de l'artiste et des spectateurs étant même une des caractéristiques constitutives de ce genre artistique. Il pourrait portant y avoir des actions réalisées en privé dont seuls les enregistrements photographiques ou vidéographiques sont ensuite montrés. Amelia Jones évoque ainsi l'artiste japonaise Yayoi Kusama, rendue célèbre notamment pour l'organisation de *happenings* publics à New York dans les années 1960 dont les participants, nus, ont le corps couvert de pois peints. En plus de ces *happenings*, elle se prend régulièrement en photographie en utilisant une composition très recherchée et ce faisant « elle se performe elle-même dans un espace privé et pour l'œil de l'appareil photographique qui se subordonne au public »[218].

Cependant, par principe, la performance nécessite un public. Ce critère peut tout à fait faire partie de la définition de ce genre, compris comme « un art de l'ici et du maintenant [qui] implique la co-présence, en espace-temps réel, du performer et de son public »[219]. Il s'agit ici, plus que d'un critère de pure forme, d'une donnée constitutive de cette forme d'expression. La performance se distinguant d'autres genres artistiques (en particulier des arts vivant d'une part et des arts plastiques de l'autre) par le refus de la représentation, elle exige que l'action se déroule en temps réel devant les spectateurs.

La présence d'autrui lors d'un acte de violence – qu'il s'agisse d'automutilation ou d'un acte réalisé par un tiers avec le consentement de l'artiste – fait naître de nouvelles questions. Il ne s'agit alors plus uniquement de se demander ce qui est permis et ce qui est prohibé, mais de s'interroger sur l'attitude que le public doit avoir face à de telles démonstrations de violence. Ainsi, une obligation d'intervention pourrait peser sur les spectateurs eux-mêmes (§1) ou sur les pouvoirs publics (§2).

---

218 A. Jones, *op. cit.*, p. 21. Traduction de N. Boulouch et E. Zabunyan, *La Perfomance*, Presses universitaires de Rennes, 2011, p. 11.

219 T. de Duve, « Performance ici et maintenant – L'art minimal, un plaidoyer pour un nouveau théâtre » in *Alternatives théâtrales* (n° 6-7), janvier 1981, p. 42.

Paragraphe 1. Le devoir de secours du spectateur

Les œuvres de performance instaurent un rapport particulier au public qui est un rapport direct avec l'artiste. Le public est ainsi souvent invité à être participant de l'œuvre (A). Dépassant le simple dispositif artistique, la participation des spectateurs peut, dans certains cas, se transformer en obligation juridique, l'abstention d'agir étant susceptible de constituer une faute pénale (B) ou civile (C).

A. Le spectateur participant

Penser la performance comme un moment de co-présence implique d'inclure l'artiste comme le public dans ce moment qui fait œuvre. Des mouvements se revendiquant de la performance ou du *happening*, le Fluxus en particulier, ont ainsi mis la participation active du public au cœur de leur recherche artistique, préfigurant le développement postérieur de l'esthétique relationnelle. Cependant la participation du public est recherchée dans l'art de performance, et ce même lorsque l'action est présentée de façon théâtrale (avec des spectateurs assis et passifs devant l'artiste par exemple). Du fait même que l'action soit réelle et non représentée, l'engagement des spectateurs, serait-il uniquement émotionnel, est davantage sollicité qu'au théâtre par exemple.

Il s'agit d'ailleurs là du but d'artistes de performance tels que Gina Pane, qui présentent des actions violentes, parfois difficilement soutenables pour les spectateurs, afin d'atteindre un moment cathartique qui exposerait les pulsions corporelles de l'artiste comme de son public. Ces actions volontairement choquantes ont, plus généralement, l'intention de provoquer une réaction (de dégoût, de rejet, de pitié, etc.) de de la part des spectateurs. Or l'action elle-même n'est pas conçue comme isolable des réactions qui sont provoquées et qui font intégralement partie de l'œuvre.

D'autres performances vont plus loin en ne cherchant pas uniquement une réaction émotionnelle du public mais en appelant à une réaction directe, à une intervention dans le déroulement de l'action.

Chris Burden, l'artiste californien qui s'était fait tirer dans le bras pour la performance devenue mythique *Shoot* (datant de 1971), s'allongea sur le sol dans un musée de Chicago pour réaliser une autre action, *Doomed* en 1975. Il resta ainsi allongé et immobile pendant 45 heures, jusqu'à ce que le personnel du musée, inquiet de sa santé, dépose un pichet d'eau à côté de sa tête. Ce geste interférant avec le déroulement de la performance en décida la fin. L'artiste avait résolu, sans en prévenir ni le public ni le musée, que la pièce s'arrêterait à la première intervention extérieure. En restant immobile indéfiniment, Chris Burden remit sa vie entre les mains des spectateurs et du personnel muséal. Il les a placés ainsi dans une position ambiguë : ils sont sommés d'intervenir par compassion pour l'artiste mais empêchés de le faire par respect pour l'œuvre d'art[220].

Plusieurs performances jouent sur le même principe en demandant une participation active du spectateur, en lui « transférant des responsabilités »[221]. L'intervention du public peut aussi ne pas avoir été spécifiquement prévue par l'artiste. Par exemple, Marina Abramovic s'est accidentellement évanouie lors de la performance *Rythm 5* en 1974 et a dû être secourue par des spectateurs présents sur place.

Ces œuvres mettent alors en œuvre une théorie constitutive de l'art de performance, celle de l'abolition de la distance infranchissable entre spectateurs et artistes, définie aussi bien spatialement que symboliquement dans les arts vivants traditionnels. Ici, les spectateurs sont invités – parfois forcés – à agir et à intervenir dans l'action.

---

[220] À ce sujet, voir J. Maigret et C. Perchet, « *Oh Chris, my hero !...* L'expérimentation du corps par Chris Burden » *in Quasimodo* n°5, Printemps 1998, p. 103-107, qui écrivent à propos des performances de Chris Burden : « L'autre, souvent dupé, devient parfois voyeur, parfois complice ou collaborateur et ne sait jamais s'il doit intervenir ou réagir sur ce qui lui est présenté. Dans le cas de *Doomed*, sa participation décisive est attendue sans qu'il le sache, ce qui crée une situation inconfortable. Chris Burden, seul au courant du dénouement prévu, devient responsable de la prise de risques que ses actions entraînent. »

[221] L'expression est utilisée par l'artiste du Fluxus Ben Vautier pour décrire son mouvement. Fluxus, selon lui, crée une participation des spectateurs à l'action, non pas une « fausse participation, c'est-à-dire la comédie qui continue au milieu du public mais un véritable désir du transfert des responsabilités ». B. Vautier, « Qu'est-ce que le Fluxus ? » in *Art Press*, n°13, sept.-oct. 1974, p. 11-13. Toujours émanant du même mouvement, voir aussi le texte d'Alan Kaprow, « *Notes on the Elimination of the Audience* », 1966 *in* C. Bishop, *Participation – Documents of Contemporary Art*, MIT Press, 2006, qui va dans le même sens en dénonçant comme cliché la participation du public lorsqu'elle est créée par l'artiste qui impliquerait artificiellement des spectateurs souvent réticents. Ainsi, pour Kaprow, le *happening* ne devrait pas avoir de spectateurs mais seulement des participants volontaires.

Ce faisant, ces performances interrogent encore une autre frontière fondamentale, celle qui distingue l'art de la vie[222]. En effet, les arts vivants, le théâtre tout particulièrement, reposent sur le postulat de la fictionnalité de l'action qui est représentée en scène[223]. Or, dans le cadre des performances, ce qui est présenté au public est bien la réalité. L'artiste met véritablement son corps en danger.

Ainsi, lorsqu'il invite le spectateur à intervenir, l'artiste dont le corps est réellement blessé ou en danger fait appel à son éthique. Il lui demande implicitement de sortir de son rôle de spectateur pour agir en tant que personne, comme il agirait dans la vie courante[224]. Le public doit alors s'abstraire du contexte artistique de la performance, surtout lorsque celle-ci se déroule dans un lieu dédié tel qu'un musée ou une galerie, car l'artiste joue également sur le respect habituellement dû à l'art dans les lieux d'exposition ou de représentation. Il est en effet prohibé de toucher un objet d'art, plus encore d'interférer avec le déroulement d'un spectacle. Or, au contraire ici, l'artiste attend une intervention qui, dans les cas les plus extrêmes, peut être nécessaire à sa survie.

B. La non-intervention pénalisée

Ces dispositifs artistiques qui se fondent sur l'éthique du spectateur peuvent également faire appel à des notions juridiques. En effet, pour le spectateur, agir comme dans une situation non artistique, c'est aussi agir en tant que citoyen, conformément au droit. Si l'action n'est pas fictionnelle, si l'artiste est réellement en danger, alors les règles de droit doivent s'appliquer à

[222] Le terme est retenu par G. Maciunas, l'un des fondateurs du mouvement, pour « refléter l'état de flux dans lequel tous les arts se fondent dans le respect de leur média et de leur fonction ».

[223] Cela ne signifie pas que le public ne peut pas être impliqué, notamment dans le théâtre contemporain. Cependant, même lorsque le public est pris à partie, il sait que ce qui se déroule sur scène est fictionnel. Ainsi, en parlant des *Nègres* de Genet, le professeur de littérature D. Connon note que, bien que le public soit davantage sollicité de façon directe dans cette pièce que d'ordinaire au théâtre, il serait inconcevable qu'il intervienne directement sur scène, car il sait distinguer l'illusion du spectacle de la réalité. D. Connon, « *Confused? You Will Be: Genet's Les Nègres And The Art Of Upsetting The Audience* » *in French Studies*, vol. L, n° 4, 1996, p. 425-438. L'auteur y note également qu'« au théâtre comme dans tous les arts d'imitation, un plaisir esthétique peut être dérivé de situations qui, dans la réalité, ne pourraient jamais être considérées comme plaisantes : sans ce phénomène, *Le Roi Lear* ne serait guère une succès » (traduction libre de l'anglais).

[224] V. F. Ward, *No innocent bystander: performance art and audience*, Dartmouth, 2012 p. 149 : « Les dilemmes éthiques auxquels sont confrontés les membres du public qui sont provoqués par les tentatives des artistes pour les transformer peuvent seulement être résolus de la même façon qu'ils le seraient dans un contexte non artistique. » (Traduction libre de l'anglais.)

ce contexte artistique comme à n'importe quelle situation de la vie courante. En particulier, nous pouvons nous intéresser, dans ces circonstances, à l'interdiction pénale concernant l'abstention volontaire de porter assistance à une personne en péril posée à l'article 223-6 du code pénal. Cette infraction pénale pourrait être constituée dans certains cas par l'absence de réaction des spectateurs assistant à une performance d'art corporel, à condition que cette absence de réaction réunisse l'élément matériel (1) et l'élément moral (2) nécessaires à la caractérisation de l'infraction.

1. Élément matériel

L'élément matériel du délit d'abstention volontaire de porter assistance à une personne en péril nécessite deux éléments : d'une part la présence d'un péril pour autrui, de l'autre une abstention d'assistance en l'absence de danger pour le spectateur lui-même.

La notion de péril suppose qu'il doit y exister un danger actuel d'un degré important. En effet, une intervention extérieure, même bien intentionnée, qui n'a pas été sollicitée par la personne en danger constitue une atteinte à sa liberté individuelle d'agir, d'autant plus dans le contexte d'une performance pour laquelle l'artiste met volontairement son corps en danger. C'est pourquoi le danger encouru doit être particulièrement sérieux et imminent pour justifier d'imposer à autrui une obligation d'intervenir sanctionnée pénalement.

Cette condition de présence d'un péril semble indiscutablement remplie pour certaines performances d'art corporel. Ce péril peut, dans quelques exemples extrêmes, menacer directement la vie de l'artiste, comme dans le cas de de Chris Burden qui s'est privé de boire et de s'alimenter pendant près de deux jours. Il ne faut pourtant pas forcément, pour que l'infraction soit constituée, être en présence d'un risque pour la vie. La simple menace d'une atteinte physique est suffisante, la loi utilisant le terme large de « personne en péril ». Ainsi une blessure, telle que celles que s'inflige Gina Pane par exemple, pourrait a priori remplir cette définition puisqu'il s'agit bien d'une atteinte physique, qui peut être avoir des conséquences graves pour la santé[225].

[225] Selon la décision du T. corr. Rouen, 9 juill. 1975, *D.* 1976, p. 531, note G. Roujou de Boubée ; *JCP* 1976. II. 18258, note R. Savatier ; *Gaz. Pal.* 1975.2.798, note Magdi Sami Zaki ; *Rev. sc. crim.* 1976, p. 726, obs. G. Levasseur, « l'état de péril est un état dangereux ou une situation critique qui fait craindre de graves

Quant à la seconde composante de l'élément matériel de l'infraction, l'absence d'action, elle est plus aisée à reconnaître. Elle serait indubitablement caractérisée par la passivité de spectateurs assistant à une performance mettant l'artiste en péril, dès lors que l'intervention ne met pas le spectateur lui-même en danger.

2. Élément moral

L'infraction nécessite aussi un élément moral qui est composé d'une part par la conscience que l'auteur doit avoir du danger encouru par la victime et d'autre part par sa volonté de ne pas agir. Or cet élément moral paraît difficile à réunir dans le cas d'une performance artistique.

Il existe effectivement une volonté de ne pas agir lorsque les membres du public se retiennent d'intervenir face à des performances qui peuvent pourtant leur paraître choquantes. Cette volonté peut résulter du respect que les spectateurs pensent devoir à l'œuvre d'art ou même, selon l'analyse de Kathy O'Dell, d'une sorte de consentement à la volonté de l'artiste[226]. Il ne s'agit donc pas d'une intention maligne mais, dans la mesure où il est possible de reconnaître une claire volonté de ne pas agir, les motivations derrière cette volonté ne sont pas pertinentes.

En revanche, le contexte de la performance artistique rend le critère de conscience du danger encouru difficile à établir. En effet, il pourrait y avoir une disparité entre le degré de danger évalué par le public et les risques véritablement pris par l'artiste. Ainsi, l'abstention d'agir pourrait s'expliquer dans certains cas par une perception erronée de l'acte de performance comme une représentation. Une anecdote rapportée par l'artiste américaine Carolee Schneemann permet d'illustrer ce propos. Lors de la réalisation de sa célèbre performance *Meat Joy*, au Centre Américain de Paris en 1964, l'artiste fut agressée par un homme du public. Elle raconte alors : « J'étais terrorisée à l'idée que le public puisse penser que cela faisait partie de la performance. […] J'ai été sauvée par trois femmes d'une quarantaine d'années qui ne devaient pas avoir d'expérience antérieure des excès de l'avant-garde ; elles ont juste senti que

---

conséquences pour la personne qui y est exposée et qui risque, selon les circonstances, soit de perdre la vie, soit des atteintes corporelles graves ».

[226] K. O'Dell, *Contract with the skin*, University of Minnesota Press, 1998.

je me faisais agresser au-delà de la violence de la performance. Elles se jetèrent ensemble sur l'homme et l'obligèrent à s'écarter de moi. »[227]

Ainsi, il semble difficile de caractériser l'infraction d'abstention volontaire de porter assistance à une personne en péril dans le cas d'une performance artistique – dans la mesure où le péril, même s'il est réel, peut ne pas apparaître comme tel aux spectateurs. Nous sommes par conséquent amenés à considérer l'absence d'intervention du public comme un problème davantage éthique que juridique. Ce problème éthique est d'ailleurs, il convient de le relever, artificiellement créé par les artistes à l'endroit du public. À défaut d'être contrôlée par les artistes – qui, précisément, peuvent en perdre le contrôle, comme dans l'exemple ci-dessus –, la situation est au moins conçue par eux. En conséquence, même là où l'éthique du spectateur lui commanderait clairement en temps normal d'intervenir, cet impératif est brouillé par la difficulté pour lui à appréhender ce qui dans la situation relève de la mise en scène, et ce qui relève de la réalité. Par un jeu de miroir, le problème ainsi posé au spectateur de la performance renvoie aussi plus largement à la difficulté de s'extraire, en dehors du champ artistique, d'un tel statut de « spectateur », d'une telle position passive assignée au sujet, et d'intervenir là où un impératif éthique l'exige.

C. La responsabilité civile pour non-intervention

Enfin, il est intéressant d'évoquer une hypothèse sans doute plus marginale, celle de l'utilisation du droit civil par les artistes mis en danger. Cette hypothèse semble dans la plupart des cas très improbable car c'est de leur propre volonté que les artistes auraient pris des risques et se seraient mis en péril. Cependant, il est possible d'imaginer des situations dans lesquelles ils pourraient souhaiter obtenir une indemnisation, en particulier le cas d'un accident survenu au cours de la performance et qui n'était pas prévu dans son déroulement.

Les spectateurs ou les personnels de musée ou de galerie présents, s'ils n'interviennent pas, pourraient-ils alors commettre une faute d'omission ? La faute d'omission fait l'objet d'un

[227] C. Schneemann, « Valie », *in Carolee Schneemann, Imaging her Erotics, Essays, Interviews, Projects*, The MIT Press, 2002, p. 138. Traduction de N. Boulouch et E. Zabunyan, *La Perfomance*, Presses universitaires de Rennes, 2011, p. 18.

certain débat dans la doctrine et est incontestablement une faute particulière[228]. Il peut être noté toutefois qu'il ne fait aucun doute qu'une faute civile peut être retenue lorsque l'infraction pénale d'abstention à porter assistance à une personne en péril est elle-même constituée[229]. En dehors de ce cas particulier, le droit à réparation d'une personne victime d'une pure absence d'intervention est très contestable. En effet, il serait très difficile, dans un pareil cas, d'établir un lien de causalité entre la prétendue faute d'abstention et le préjudice subi – la non-intervention aurait pu empêcher le dommage mais ne l'a pas provoqué.

D'autre part, ne serait-il pas possible ici de considérer que l'artiste, en se mettant de lui-même dans une situation qu'il savait dangereuse, en a accepté les risques à l'instar du sportif de compétition ? En effet, c'est la volonté consciente des sportifs de se soumettre à un danger qui leur permet de participer à des activités dangereuses. Les participants à des activités sportives peuvent en accepter les risques et leur choix est propre à modifier les règles applicables en matière de responsabilité civile dans un sens défavorable à la victime[230].

Cet aménagement de la responsabilité civile en matière sportive s'appuyait sur une théorie de l'acceptation des risques. Cette théorie pouvait, appliquée aux situations sportives, permettre d'écarter ou d'atténuer la responsabilité sans faute[231]. La règle était essentiellement fondée par la doctrine sur l'existence d'une convention tacite par laquelle le sportif aurait renoncé à se voir appliquer les règles de la responsabilité du fait des choses[232]. Ce serait donc bien la volonté consciente de s'exposer au risque inhérent à une activité sportive qui justifierait cette théorie. La personne qui a consenti à s'exposer au danger doit en supporter les risques. La jurisprudence a appliqué cette notion aux différents dommages – résultant de risques normaux – subis lors de compétitions sportives, y compris des dommages corporels[233]. Le sportif pourrait donc soumettre volontairement son corps aux pratiques violentes ou dangereuses, en en assumant les risques.

---

[228] Cass. civ., 27 fév. 1951, Branly.

[229] Cass. crim. 16 mars 1972, n° 71-92.418.

[230] Article L. 321-3-1 du code du sport introduit en 2012, qui constitue une exception à l'article 1242 du code civil.

[231] Règle limitée, en général, à la pratique sportive en compétition et pour les risques normaux induits par le sport dans le respect des règles du jeu.

[232] E. Cordelier, « Un arbitrage sans concession de la Cour de cassation : l'acceptation des risques en butte à une “exclusion définitive” des terrains de sport ? », *in D.* 2003, p. 519. Une seconde explication renvoie aux particularismes de l'activité sportive.

[233] Le dommage de mort constitue une limite, la jurisprudence ayant considéré qu'il était un risque anormal, qui n'est pas accepté par le participant à une compétition en mer de haut niveau (Cass. civ. 2ème, 8 mars 1995 n° 91-14.895).

Toutefois cette théorie de l'acceptation des risques fondée sur l'existence d'une convention tacite est aujourd'hui largement obsolète. Issues d'une jurisprudence abandonnée par la Cour de cassation[234] (abandon annoncé et réclamé par la doctrine), les dispositions correspondantes n'en ont pas moins été reprises dans le code du sport[235]. Une exception à la responsabilité sans faute a en effet été réintroduite pour des raisons essentiellement pratiques d'organisation des manifestations sportives, sous la forme d'un exception légale limitée au domaine sportif – et uniquement aux compétitions ou entrainements encadrés – et non comme une confirmation de l'existence de conventions tacites. Cependant l'existence d'une telle exception à la responsabilité civile ne nous paraît pas anodine en ce que, quand bien même elle serait limitée et motivée uniquement par le problème pratique que posent les manifestations sportives, elle s'inscrit dans un mouvement tendant à rendre le corps humain plus disponible[236].

Dans l'état du droit positif, la transposition de la règle de l'article L. 321-3-1 du code du sport à l'art corporel n'est évidemment pas possible, car son application est explicitement restreinte aux situations de compétitions sportives ou d'entraînements organisés, à l'exclusion d'autres cas de figure. En revanche, il est possible de s'intéresser à l'ancien fondement théorique de cette règle : la théorie de l'acceptation des risques qui repose sur l'existence d'une convention tacite. Serait-il envisageable de l'étendre au champ artistique ? Les circonstances apparaissent comparables en ce que le sportif comme l'artiste de performance accepte d'avance de courir un risque. Toutefois chaque sport se caractérise par l'existence de règles fixes encadrant les aléas susceptibles d'intervenir. Les conventions tacites naissant ainsi à chaque manifestation sportive s'inscrivent dans le cadre posé par ces règles. En matière artistique, en revanche, on ne retrouve pas de tel encadrement général[237]. Il paraît dès lors difficile d'évoquer, en matière artistique, une convention tacite parce que les risques encourus par l'artiste ne sont pas encadrés par des règles précises et sont donc bien moins prévisibles. La théorie de l'acceptation des risques, outre

[234] Cass. civ. 2ème, 4 nov. 2010, n° 09-65.947.

[235] L'article L. 321-3-1 du code du sport créé par la loi du 12 mars 2012 dispose que : « Les pratiquants ne peuvent être tenus pour responsables des dommages matériels causés à un autre pratiquant par le fait d'une chose qu'ils ont sous leur garde, au sens du premier alinéa de l'article 1242 du code civil, à l'occasion de l'exercice d'une pratique sportive au cours d'une manifestation sportive ou d'un entraînement en vue de cette manifestation sportive sur un lieu réservé de manière permanente ou temporaire à cette pratique. »

[236] En ce sens v. Josserand qui dénonce d'ailleurs cette évolution du droit de la responsabilité (en particulier dans le cadre de la responsabilité atténuée du transporteur bien qu'il cite aussi les pratiques sportives) comme une « patrimonialisation de la personne humaine dans son intégrité physique ou morale ». L. Josserand « La personne humaine dans le commerce juridique » *in D.*,1932.

[237] Bien qu'il serait possible d'encadrer l'aléa de chaque performance à travers un protocole rédigé à l'avance.

le fait qu'elle soit obsolète dans le cadre des manifestations sportives, semble donc inapplicable à la pratique artistique.

Paragraphe 2. **L'intervention des pouvoirs publics**

Les spectateurs ne sont pas seuls à pouvoir intervenir. Il existe une obligation d'intervention des pouvoirs publics pour prévenir des troubles à l'ordre public, dans le cadre du pouvoir de police administrative. Nous examinerons ici comment ce pouvoir trouve à s'appliquer dans le cadre de manifestations artistiques (A) avant d'examiner le cas particulier des troubles à l'ordre public causés par une atteinte à la dignité humaine, cas qui peut s'avérer pertinent pour ce qui est des performances artistiques violentes (B).

A. Police administrative et manifestations artistiques

En matière de maintien de l'ordre public – concept traditionnellement défini comme « le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques »[238], le droit administratif distingue police générale et polices spéciales. Alors que la première existe sans texte, les polices spéciales doivent être prévues par des textes particuliers et régissent des lieux, activités ou catégories de personnes spécifiques. Elles n'interfèrent pas avec le champ de la création artistique, à l'exception notable de la police du cinéma[239]. Cette police spéciale, prévue aux articles L. 211-1[240] et R. 211-12[241] du code du cinéma et de l'image animée, est exercée par le ministre

[238] Article 2212-2 du code général des collectivités territoriales, issu de la loi municipale du 5 avril 1884.

[239] Une autre exception, beaucoup moins significative concerne les publications destinées à la jeunesse (loi no 49-956 du 16 juillet 1949).

[240] La représentation cinématographique est subordonnée à l'obtention d'un visa d'exploitation délivré par le ministre chargé de la culture.

Ce visa peut être refusé ou sa délivrance subordonnée à des conditions pour des motifs tirés de la protection de l'enfance et de la jeunesse ou du respect de la dignité humaine.

Les conditions et les modalités de délivrance du visa sont fixées par décret en Conseil d'État.

[241] I. - Le visa d'exploitation cinématographique s'accompagne de l'une des mesures de classification suivantes :

1° Autorisation de la représentation pour tous publics ;

2° Interdiction de la représentation aux mineurs de douze ans ;

chargé de la culture, à travers la délivrance de visas d'exploitation, en préalable obligatoire à la représentation cinématographique d'un film.

C'est le pouvoir de police générale qui intervient en matière de maintien de l'ordre public à l'occasion de manifestations culturelles et artistiques. Ce pouvoir de police générale est en principe exercé au niveau local par le maire[242] – le préfet pouvant s'y substituer en cas d'inaction[243]. Il confère à l'administration non seulement la faculté, mais l'obligation d'intervenir en cas de menace à l'ordre public : comme le précise la jurisprudence du Conseil d'État, « il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public »[244]. Des mesures répressives peuvent et doivent donc être prises par l'autorité disposant du pouvoir de police générale – maire ou préfet selon les cas – à l'encontre de manifestations culturelles et artistiques troublant l'ordre public, sous le contrôle du juge administratif.

Si la formulation « toute mesure » peut sembler très large, le champ des interventions de l'autorité de police est de facto restreint par les exigences établies depuis la décision de principe Benjamin[245] du Conseil d'État, selon laquelle l'exercice du pouvoir de police doit être concilié avec le respect des libertés publiques. Il en résulte que « les atteintes portées, pour des exigences d'ordre public, à l'exercice [des] libertés fondamentales doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées »[246]. Parmi ces libertés publiques figure la liberté d'expression, considérée comme « une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et

---

3° Interdiction de la représentation aux mineurs de seize ans ;

4° Interdiction de la représentation aux mineurs de dix-huit ans ;

5° Interdiction de la représentation aux mineurs de dix-huit ans avec inscription de l'œuvre ou du document sur la liste prévue à l'article L. 311-2.

II. - La mesure de classification, assortie le cas échéant de l'avertissement prévu à l'article R. 211-13, est proportionnée aux exigences tenant à la protection de l'enfance et de la jeunesse, au regard de la sensibilité et du développement de la personnalité propres à chaque âge, et au respect de la dignité humaine.

Lorsque l'œuvre ou le document comporte des scènes de sexe ou de grande violence qui sont de nature, en particulier par leur accumulation, à troubler gravement la sensibilité des mineurs, à présenter la violence sous un jour favorable ou à la banaliser, le visa d'exploitation ne peut s'accompagner que de l'une des mesures prévues au 4° et au 5° du I.

Dans le cas prévu au précédent alinéa, le parti pris esthétique ou le procédé narratif sur lequel repose l'œuvre ou le document peut justifier que le visa d'exploitation ne soit accompagné que de la mesure prévue au 4° du I.

[242] Article L. 2212-1 du code général des collectivités territoriales.

[243] Article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales.

[244] CE, 9 novembre 2015, SARL Les Productions de la plume, n° 376291.

[245] CE, 19 mai 1933, Benjamin, n° 17413.

[246] CE, 21 juin 2018, SARL Les Productions de la plume, n° 416353.

libertés »[247]. Une mesure d'interdiction d'une manifestation culturelle ou artistique ne peut donc intervenir qu'en dernier ressort, et seulement si d'autres mesures moins radicales – telles que la mise en place de forces de police – ne suffisent pas à prévenir les troubles à l'ordre public[248]. Le juge administratif peut ainsi décider de suspendre l'exécution d'une mesure d'interdiction d'une exposition s'il estime que « l'éventualité de troubles à l'ordre public, alléguée par le maire » ne présente pas, compte tenu des circonstances locales, un degré de gravité suffisant[249]. Toutefois, en dernière hypothèse, l'interdiction reste une mesure envisageable.

Un requérant est ainsi recevable à contester la décision du maire et du préfet de ne pas intervenir face à une manifestation culturelle et artistique qu'il estime troubler l'ordre public[250]. Ainsi, dans deux affaires radicalement différentes, la juridiction administrative a rejeté de telles requêtes, faute de relever de semblables erreurs manifestes d'appréciation. En 2011, une association, l'Alliance Générale contre le Racisme et pour le respect de l'Identité Française et chrétienne, a déposé devant le tribunal administratif de Toulouse une requête visant à faire interdire les représentations de la pièce de théâtre *Golgota Picnic*, pièce écrite par le dramaturge argentin Rodrigo Garcia mettant en scène une parodie de la crucifixion. Cette requête fut rejetée par le juge des référés dans une ordonnance se contentant d'indiquer que le moyen tiré du risque de troubles à l'ordre public ne paraissait pas « en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de ces décisions »[251]. Puis en 2014, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a rejeté la requête, présenté par une association de défense des cultures africaines, visant à faire interdire la représentation du spectacle *Exhibit B*, créée par l'artiste sud-africain Brett Bailey et consistant en la présentation, dans une salle de théâtre, de douze « tableaux vivants » introduisant des acteurs ou figurants noirs[252]. Bien qu'admettant l'émotion qu'y pouvaient susciter les références explicites à l'esclavage ou à l'apartheid, ainsi qu'à la pratique des « zoos humains », le juge a toutefois relevé que les mises en scènes dénonçaient sans ambiguïté ces pratiques, comme en attestait notamment la présence de

---

[247] *Ibid.*

[248] CE, Ord. 10 janvier 2014, SARL Les Productions de la plume, n° 374528.

[249] TA de Nice, ord. 31 mai 2010, Préfet des Alpes Maritimes, n° 1001753.

[250] Toutefois, le juge administratif se contente alors de contrôler l'absence d'erreur manifeste d'appréciation commise par l'administration.

[251] TA de Toulouse, ord. 15 novembre 2011, AGRIF, n° 1105012.

[252] TA de Paris, ord. 9 décembre 2014, Centre Dumas-Pouchkine, n° 1430123.

panonceaux explicatifs. Par suite, l'inaction des pouvoirs de police ne pouvait leur être reprochée.

B. L'atteinte à la dignité humaine comme trouble à l'ordre public

Parmi les dimensions de l'ordre public susceptibles d'être atteintes par une manifestation culturelle ou artistique, le respect de la dignité de la personne humaine occupe une place particulière. Reconnue explicitement par le Conseil d'État comme l'une des composantes de l'ordre public[253], la dignité humaine peut depuis être invoquée devant le juge administratif même sans texte.

Il faut noter que ce principe est peu usité. Le Conseil d'État n'a ainsi retenu qu'à deux occasions un moyen tiré de l'atteinte au principe de respect de la dignité de la personne humaine[254]. D'abord, lors de sa création en 1995, dans la célèbre affaire de l'interdiction des manifestations de « lancers de nains », où il est alors analysé comme s'opposant à la réification d'une personne, et à l'affirmation (même implicite) d'une hiérarchie entre les êtres humains[255]. Puis, la notion de dignité a été utilisée une seconde fois à partir de 2014 autour de des interdictions du spectacle *Le Mur* de Dieudonné M'Bala M'Bala et fut interprétée à cette occasion, en référé puis au fond, comme justifiant l'interdiction de manifestations incitant à la haine raciale et à

[253] CE, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, n° 136727.

[254] Une référence moins explicite au principe est également présente dans CE, ord. 5 janv. 2007, Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c. Association Solidarité des Français, n° 300311. Dans cette décision le Conseil d'État estime qu'un rassemblement sur la voie publique pour distribuer des aliments contenant du porc était « susceptible de porter atteinte à la dignité des personnes privées du secours proposé et de causer ainsi des troubles à l'ordre public » et pouvait donc être interdit.

[255] Conclusions du commissaire du gouvernement P. Frydman sous CE, CE, 27 octobre 1995, Commune De Morsang-sur-Orge, n° 136727 : « le but du lancer de nains (…) de lancer avec violence et sans aucun égard pour elle une personne humaine, qui se trouve ainsi traitée comme un simple projectile, c'est-à-dire rabaissée au rang d'objet. En outre, ce n'est pas n'importe quelle personne qui est lancée, mais, spécifiquement et exclusivement, un nain. (…) Aussi cette attraction renvoie-t-elle - fût-ce, chez la plupart des spectateurs, inconsciemment - au sentiment obscur et profondément pervers selon lequel certaines personnes constitueraient, du fait de leur handicap ou de leur apparence physique, des êtres humains de second rang et susceptibles, dès lors, d'être traités comme tels. »

l'antisémitisme[256]. Une atteinte à la dignité humaine peut donc constituer un trouble à l'ordre public qui peut aller jusqu'à justifier l'interdiction d'une manifestation artistique ou culturelle.

Cependant, en raison du faible nombre de décisions qui retiennent qu'un trouble à l'ordre public est constitué du fait d'une atteinte à la dignité humaine, cette dernière notion reste mal définie. En particulier, son utilisation dans le cadre du pouvoir de police administrative générale fait l'objet d'incertitudes relevées par la doctrine[257]. L'arrêt Morsang-sur-Orges comme les ordonnances Dieudonné de 2014 s'éloignent d'une définition traditionnelle des troubles à l'ordre public comme troubles matériels (troubles à la sécurité, à la tranquillité, à la salubrité publiques) pour considérer que le seul fait qu'un spectacle ou une manifestation comporte des éléments contraires à la dignité humaine – exploitation des personnes handicapées ou propos racistes – constituait, en soi, un trouble à l'ordre public[258]. Ainsi, ce ne serait plus le contexte risquant d'être provoqué par une manifestation culturelle (risques de manifestations, menaces sur la sécurité des spectateurs, etc.) mais le contenu même de la manifestation qui tomberait sous le contrôle de la police administrative.

D'autres décisions, pourtant rendues dans des circonstances similaires, peuvent cependant faire douter de la portée de cette évolution jurisprudentielle. En particulier, une ordonnance datant de 2015, par laquelle le juge des référés du Conseil d'État maintient l'annulation d'un arrêté municipal interdisant la tenue d'un spectacle de Dieudonné[259], semble revenir vers une définition matérielle des troubles à l'ordre public[260]. Ainsi Elodie Saillant-Maraghni estime que la dignité humaine oscille entre deux conceptions : celle – à l'œuvre dans l'arrêt Morsang-sur-Orges et les ordonnances Dieudonné de 2014 – qui fait de la dignité humaine une composante de l'ordre public indépendante d'éventuels troubles matériels, ou bien celle qui en fait une dimension de l'ordre public à prendre en compte dans l'appréciation desdits troubles matériels.

---

[256] Dans une première ordonnance (CE, ord. 9 janvier 2014, Ministre de l'Intérieur, n° 374508), le juge des référés du Conseil d'État a justifié l'interdiction du spectacle *Le Mur* en ce que ce dernier contenait « des propos de caractère antisémite, qui incitent à la haine raciale ». La même solution est retenue dans deux autres ordonnances concernant l'annulation du même spectacle dans différentes communes (CE, ord. 10 janvier 2014, Ministre de l'Intérieur, n° 374528 et CE, ord. 11 janvier 2014, Ministre de l'Intérieur, n° 374552).

A l'occasion de la décision au fond (CE, 21 juin 2018, SARL Les Productions de la plume, n° 416353) le juge précise le périmètre du principe en indiquant que « des propos et gestes, notamment ceux à caractère antisémite, incitant à la haine raciale et faisant l'apologie des discriminations, persécutions et exterminations perpétrées au cours de la seconde Guerre Mondiale, peuvent porter atteinte à la dignité de la personne humaine ».

[257] Notamment E. Saillant-Maraghni, « Interrogations sur la nouvelle ordonnance *Dieudonné* », *in AJDA,* 2015, p. 1658.

[258] V. J. Petit, « Les ordonnances Dieudonné : séparer le bon grain de l'ivraie » *in AJDA,* 2014, p. 866.

[259] CE, ord. 6 fév. 2015, Commune de Cournon d'Auvergne, n° 387726.

[260] E. Saillant-Maraghni, *op. cit.* et B. Quiriny, « Ordonnances *Dieudonné*, suite et reflux » *in D.*, 2015, p. 544.

Dans ce dernier cas, ce serait « l'atteinte à la dignité de la personne humaine par l'activité en cause qui présente[rait] un risque de trouble à l'ordre public traditionnel (sécurité, tranquillité, salubrité publiques) »[261].

Si des incertitudes peuvent demeurer du fait du faible nombre de décisions qui utilisent le concept de dignité humaine, un arrêt rendu en 2018 sur l'interdiction du spectacle *Le Mur* semble cependant confirmer que la dignité humaine est bien une composante de l'ordre public[262]. En effet, le Conseil d'État y a retenu que l'atteinte à la dignité humaine constituée par les propos racistes et antisémites tenus par l'humoriste suffisait à justifier l'interdiction du spectacle, et ce « même en l'absence de risques de troubles matériels à l'ordre public ».

Cette évolution peut être critiquée comme donnant un pouvoir de censure au juge administratif[263]. En effet, la possibilité, pour le juge, de contrôler le contenu d'une manifestation culturelle pour vérifier si ce dernier respecte la dignité humaine peut s'avérer dangereuse pour la liberté d'expression. La notion de dignité humaine est souvent considérée comme étant à l'origine de ce risque de censure : cette notion est considérée comme intrinsèquement moralisatrice ou elle est décriée en raison de son manque de définition. Ainsi, la dignité humaine, en tant que concept au contenu incertain, amènerait une certaine insécurité juridique en laissant place à l'arbitraire (et au jugement moral) du juge[264].

Or, le risque de censure ne résulte pas, il nous semble, de l'utilisation du concept de dignité mais, en amont, de la possibilité donnée au juge administratif de contrôler le contenu d'une manifestation culturelle. En effet, le danger que s'exerce une certaine forme de censure ne serait pas écarté par l'utilisation d'une autre notion ni par une meilleure définition de la dignité humaine – ce qui d'ailleurs ne semble pas vraiment possible puisque l'intérêt de cette notion est d'être un principe directeur général[265]. Ainsi, le problème n'est pas celui de l'utilisation du concept de dignité humaine mais celui de l'élargissement des pouvoirs de police administrative au contrôle du contenu des manifestations. En effet, ce contrôle du contenu ne correspond pas au principe libéral qui doit guider la police administrative : l'intervention doit être strictement

---

[261] E. Saillant-Maraghni, *op. cit.*

[262] CE, 21 juin 2018, SARL Les Productions de la plume, n° 416353. Cette décision est la décision au fond qui fait suite à l'ordonnance en référé CE, ord. 9 janvier 2014, Ministre de l'Intérieur, n° 374508.

[263] Par exemple, B. Seiller, « La censure a toujours tort » *in AJDA*, 2014, p. 129.

[264] Par exemple, O. Cayla, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *in Le Monde*, 31 janvier 2003, p. 14.

[265] V. M. Fabre-Magnan, « La dignité en Droit : un axiome » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* vol. 58, 2007, p. 1-30.

proportionnée afin de protéger, autant que possible, la liberté (d'expression ou de réunion). De ce fait, le contrôle du contenu d'une manifestation, à l'aune de la dignité humaine ou de tout autre principe, ne devrait pas faire partie du rôle du juge administratif – ce qui n'implique d'ailleurs pas une liberté ou une impunité totale puisque le juge pénal peut sanctionner un discours raciste, par exemple, *a posteriori*. Cette évolution de la police administrative, amorcée depuis l'arrêt Morsang-sur-Orges, nous paraît certainement un changement de paradigme dangereux par rapport à la conception classique de l'ordre public matériel.

En ce qui concerne les performances d'art corporel, nous pouvons nous demander si l'atteinte à l'intégrité physique d'un artiste pourrait constituer une atteinte à la dignité humaine. Dans la jurisprudence administrative, la notion n'a jamais été utilisée en ce sens[266] ; cependant il est possible d'imaginer que des atteintes graves à l'intégrité physique de l'artiste, comme il en existe dans certaines performances, pourraient effectivement relever de l'atteinte à la dignité humaine. Si tel était le cas, les performances violentes seraient susceptibles de constituer un trouble à l'ordre public, ce qui justifierait la mise en place de mesures pouvant aller jusqu'à l'interdiction de telles manifestations. En effet, la dignité humaine étant une composante de l'ordre public, le trouble serait constitué à partir du moment où le contenu de la manifestation atteint à la dignité humaine, sans qu'il ne soit nécessaire de caractériser un risque de troubles matériels. Cependant, bien que la notion de dignité humaine ait été longuement commentée par la jurisprudence depuis son introduction, il nous est permis de constater qu'elle est peu utilisée et, partant, reste mal définie. Si elle est certes susceptible d'intervenir dans le contexte de l'art, elle ne semble pas pour autant constituer, concrètement, une entrave sérieuse à la pratique artistique.

*

[266] Et il nous faut d'ailleurs constater que la jurisprudence (administrative en particulier) qui utilise la dignité humaine reste très isolée. Comme le note F. Bellivier (*Droit des personnes*, LGDJ, 2015, p. 125), « contrairement à ce qu'on a pu croire après l'affaire du lancer de nain, la dignité humanité n'est pas devenue inflationniste, du moins en ce qui concerne les décisions judicaires ».

On constate ainsi une assez grande latitude laissée par le droit pour ce qui concerne les actes de violences commis envers soi-même. Cette latitude peut aller jusqu'à autoriser, dans le cadre privé, à consentir à être blessé par autrui.

Une complication apparaît toutefois dès lors que de tels actes sont commis en public, les spectateurs et pouvoirs publics pouvant, et parfois devant, alors intervenir, notamment en application du principe de dignité humaine. Ce concept de « dignité humaine », repris comme composante de l'ordre public par le Conseil d'État, a été érigé au rang de principe à valeur constitutionnel en 1994, par la décision du Conseil constitutionnel[267] déclarant conforme à la Constitution deux lois de bioéthiques[268]. Ce principe, invoqué depuis de manière croissante devant les juridictions du fond, tend à faire obstacle à toute tentative de réification du corps humain.

[267] Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

[268] Relatives respectivement au « respect du corps humain » et au « don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal »

CHAPITRE 2. LE CORPS REIFIE

Nous traiterons dans cette section de la question du corps réifié – c'est-à-dire considéré comme un objet. Cette réification peut être symbolique – un artiste peut représenter le corps dans des situations humiliantes par exemple – mais également extrêmement littérale. En travaillant, en se servant du corps comme matériau de la création, les artistes contemporains le modifient, l'échangent et l'exposent. Ce phénomène pose alors le problème du respect de la dignité humaine, en ce que celle-ci impliquerait qu'il est éthiquement (et peut-être juridiquement) impossible de traiter une personne comme une chose[269].

Parmi les usages du corps qui entraineraient sa réification, nous distinguerons le corps assimilé à l'objet d'art (section 1) du corps traité comme une marchandise (section 2). Ce faisant, nous sommes conscients que cette distinction (symbolique) est culturellement marquée et plus particulièrement qu'elle peut sembler archaïque à l'heure de l'art contemporain. En effet, l'un des objectifs de l'art contemporain (et d'ailleurs l'un des reproches qui lui est le plus communément adressé) est de retirer à l'œuvre d'art son aura[270], en particulier en déclarant œuvres d'art des objets communs et reproductibles (notamment dans les courants du *ready-made* et du *pop art*). Ainsi, l'objet d'art de l'art contemporain n'est pas essentiellement différent d'une marchandise. Pourtant, la distinction reste à notre sens opérante, et donc pertinente, d'une part en ce qu'elle continue à produire des effets de droit (le droit fiscal en offrant l'illustration la plus nette[271]), d'autre part et surtout en ce qu'elle permet de décrire de manière claire les usages du corps ici abordés.

---

[269] Sur les fondements kantiens de la notion de dignité : M. Marzano, *Je consens, donc je suis…*, PUF, 2006.

[270] Notion de W. Benjamin, 1971, « L'œuvre d'art à l'ère de sa reproductibilité technique », *in L'Homme, le langage et la culture*, Denoël-Gonthier, p. 137-181 ; orig. 1936. Selon lui, l'art reproductible mécaniquement (la photographie en particulier) perd son aura.

[271] V. par exemple l'article 885 I du code général des impôts relatif à l'impôt sur la fortune

SECTION 1. Le corps traité comme un objet d'art

Nous aborderons d'abord la question du corps traité comme un objet d'art, ce qui amène à s'interroger sur ce qui fait de l'objet d'art un objet particulier : il s'agit d'un objet doté d'une certaine « aura »[272] et qui, à ce titre, provoque le respect à l'exemple d'objets sacrés[273]. Le corps présenté comme objet d'art acquiert cette aura comme le suggère l'analogie créée par l'artiste britannique Cornelia Parker qui présenta, en 1995 à la Serpentine gallery de Londres, *The Maybe*, une installation constituée de l'actrice Tilda Swinton endormie dans un écrin de verre au milieu d'une exposition consacrée aux reliques de personnages historiques célèbres. Nous nous concentrerons ici sur le corps présenté dans un contexte concret qui imite celui de l'objet d'art traditionnel : le corps traité comme un objet et exposé comme tel dans des musées ou galeries d'art – ce qui s'oppose à d'autres utilisation du corps dans l'art (comme la performance) qui cherchent plutôt à se détacher de ce contexte spécifiquement artistique et à la référence à l'objet d'art matériel.

Dans cette section, nous distinguerons la situation du corps symboliquement assimilé à un objet d'art en étant, par exemple, exposé dans un musée (§1) de celle dans laquelle il est directement et physiquement traité comme l'objet d'art ou son matériau – notamment lorsque le corps d'un modèle est utilisé pour servir de support à l'œuvre d'un artiste (§2).

Paragraphe 1. Le corps exposé

Il s'agit ici de s'interroger sur l'appréhension juridique du corps exposé tel un objet dans des institutions artistiques ou culturelles. En particulier, nous pourrons nous demander si le fait de traiter le corps humain comme un objet est susceptible de porter atteinte à la dignité humaine. Or, le fait que le corps de la personne soit exposé pendant sa vie (A) ou après son décès (B) entraîne des conséquences juridiques distinctes.

[272] V. W. Benjamin, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*, Allia, 2011.

[273] Par exemple, v. N. Heinich « Les objets-personnes » in *L'art en conflit*, Editions La découverte, 2002, p. 102.

A. L'exposition de la personne

L'art contemporain a pour principal propos d'interroger, de réexaminer et de détourner les conceptions culturelles du public sur l'art traditionnel et l'acte de création. En particulier, de nombreux artistes se sont attaqués à l'idée romantique puis moderniste de l'artiste comme génie créateur – en utilisant des objets trouvés comme œuvres d'art[274], en créant en groupes ou collectifs ou encore en imitant les modes de production industriels[275]. L'une des pistes qui a également été investie par les artistes contemporains a été celle d'une remise en cause de la distinction entre l'artiste (producteur) et l'œuvre d'art (production), distinction vue comme archaïque. Or, interroger cette séparation consiste bien souvent à la brouiller et par là à brouiller la distinction fondamentale entre l'auteur et l'œuvre, entre l'humain et l'artefact ou, d'un point de vue juridique, entre le sujet et l'objet.

Aussi l'un des premiers motifs explorés par l'art performance, dès sa création, fut celui de l'œuvre d'art vivante. Des artistes se sont ainsi présentés comme leur propre œuvre, dans des mises en scène qui pouvaient être minimalistes (Ben, qui s'assoit simplement sur une chaise munie d'un panneau pour *Regardez-moi, cela suffit* en 1960) ou élaborées (Gilbert et Georges sont maquillés et chantent et dansent dans *Our New Sculpture* en 1969). Certains poussèrent l'imitation d'un objet inanimé jusqu'à présenter la plus grande similitude possible avec une véritable œuvre exposée au musée, en utilisant la mise en scène habituellement dédiée à la présentation des statues par exemple. Timm Ulrichs s'assied dans un présentoir en verre au milieu d'un galerie (*Das erste lebende Kunstwerk* datant de 1966) et Piero Manzoni crée ses *Socles magiques* en 1961, piédestaux transformant en statue toute personne qui s'y placerait.

Les actions de Timm Ulrich ou de Piero Manzoni révèlent le pouvoir transfigurant[276] des dispositifs d'exposition. Ce qui est présenté comme de l'art devient art. C'est dans une démarche similaire – celle d'examiner le pouvoir de faire art de l'artiste – que le même Piero Manzoni, inspiré par l'œuvre de Duchamp, signe les corps de femmes dénudées pour en faire

[274] V. les ready-mades de Marcel Duchamp à partir de *Roue de bicyclette* (1913)
[275] L'exemple le plus célèbre est évidemment ici celui d'Andy Warhol et de sa *factory*.
[276] Pour la théorie attachée à cette expression voir A. Danto, *La transfiguration du banal*, Le Seuil, 1989.

des *ready-made* vivants, œuvres d'art parce que signés par un artiste (*Sculptures vivantes*, 1961)[277].

Le problème principal qui nous semble se poser lorsque le corps (de l'artiste ou du modèle) est exposé, signé et généralement traité comme une œuvre d'art générique est le risque de réification de ce corps. En effet, lorsqu'un artiste expose son corps, il s'expose aux regards non en tant qu'être humain mais en tant qu'objet. Il ne laisse d'ailleurs *a priori* pas la possibilité aux spectateurs d'interagir avec lui comme une personne. De manière similaire, lorsqu'un artiste fait d'autrui une « sculpture vivante », il abolit en quelque sorte son humanité pour en faire (symboliquement du moins) un artefact. Ainsi, l'acte de signer un être humain serait une manière de se l'approprier, voire marquer sa création en tant qu'œuvre d'art. Ces actes sont clairement contraires au principe de dignité humaine dans son acception éthique en ce que le respect dû au corps humain implique qu'on ne puisse précisément pas le traiter comme une chose.

Or, s'il existe certainement un problème éthique, celui-ci ne devrait connaître aucune traduction juridique. En effet, s'il y a une atteinte symbolique indéniable au principe de la dignité humaine, il est fort peu probable, dans les exemples cités, qu'une quelconque sanction s'ensuive. Pour parvenir à cette conclusion, nous nous appuierons sur une conception duale du principe de dignité humaine dont nous examinerons chacun des aspects.

La dignité humaine peut être conçue comme ayant, en droit, deux fonctions[278]. D'une part, il s'agit d'un principe directeur guidant l'élaboration de règles de droit spécifiques. D'autre part, la dignité peut constituer une norme supplétive lorsqu'aucune règle plus précise ne s'applique à la situation. Ainsi, nous pouvons tout d'abord noter le caractère historiquement assez peu opératoire, en droit positif, du principe de dignité humaine qui est resté longtemps une ligne directrice devant guider d'autres règles plutôt qu'une règle applicable en soi[279]. Dans le cas de l'exhibition par l'artiste de sa personne ou de celle d'autrui comme œuvre d'art, cas où aucune règle précise n'est *a priori* violée, la dignité humaine peut-elle être amenée à s'appliquer

---

[277] Exactement dans la même démarche, Ben « signe tout » (selon le titre de son action de 1960), y compris des personnes vivantes pour en faire des *Sculptures vivantes*, 1959-1962.

[278] V. en particulier à ce sujet M. Fabre-Magnan, « La dignité en Droit : un axiome » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* vol. 58, 2007, p. 1-30 ; B ; Mathieu, « Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des Droits de l'homme » *in D.* 1995, p. 211.

[279] La dignité humaine était ainsi citée dans plusieurs traités internationaux concernant les droits de l'Homme, en particulier par la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, mais n'est apparue que tardivement en tant que telle dans le droit français, à l'occasion des lois de bioéthique de 1994.

directement, de manière supplétive, pour justifier une interdiction ? Il ne semble pas que ce soit le cas. Les hypothèses de mise en œuvre du principe de dignité humaine dégagées par la jurisprudence civile[280] et administrative[281] semblent en effet l'exclure, sauf à supposer, par exemple, que l'exhibition porte atteinte à un groupe particulier, ou soit constitutive d'une menace de troubles à l'ordre public.

La question qui se pose alors est celle de savoir s'il existe une différence, du point de vue du droit, selon que le créateur de l'œuvre s'expose lui-même ou qu'il emploie une autre personne pour l'exposer. Si nous les analysons à l'aune de la dignité humaine, il ne semble pas y avoir de différence entre les deux situations. En effet, la dignité humaine est un principe qui vise à protéger, non une personne précise, mais l'humanité incarnée en chacun[282]. Or, si l'on se place dans cette seule perspective, l'artiste qui expose son propre corps et le traite comme un objet porte autant atteinte à la dignité – non pas à la sienne propre mais à la dignité comme principe commun – que celui qui utilise le corps d'autrui.

B. L'exposition de la dépouille

Comme un corollaire de l'intérêt que l'art contemporain porte au corps humain, certains artistes semblent avoir une fascination pour la représentation de la dépouille. On retrouve par exemple la mise en scène de squelettes (factices) chez Marina Abramovic (*Nude with Skeleton*, 2002-

[280] Nous nous permettons ici de ne pas examiner la question du droit pénal, le code pénal ayant prévu, au chapitre V de son titre II, les incriminations spécifiques qui relèvent de la catégorie d'atteintes à la dignité humaine.

En droit civil, la jurisprudence sur le thème de la dignité révèle d'une grande diversité. Le concept est ainsi utilisé pour justifier une obligation d'information des médecins aux patients (Cass. civ 1ère, 9 oct. 2001, n° 00-14564), pour interdire la diffusion d'objets ou d'images touchant certaines catégories de personnes (en particulier les malades, CA Paris, 28 mai 1996, n° 95/12571) ou encore pour protéger le droit à l'image des personnes décédées (Cass. civ 1ère, 20 déc. 2000, n° 98-13.875).

[281] V. *supra* p. 84.

[282] Il existe sur ce point un fort consensus d'une partie de la doctrine. V. notamment M. Fabre-Magnan, « La dignité en Droit : un axiome » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* vol. 58, 2007, p. 1-30 et B. Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau *in D.,* 1997, p. 185.

Il ne s'agit cependant que de l'une des « significations normatives » du concept de dignité qui est utilisé par les juridictions, selon C. Girard et S. Hennette-Vauchez. Ceux-ci en distinguent trois dans *La dignité de la personne humaine* (PUF, 2005, p. 24-33 et p. 241 et s.). Il serait ainsi possible de reconnaître, à travers l'usage du terme de « dignité », une dignité-*dignitas* (dignité liée à une fonction ou à un office particulier), une dignité « droit de la personne » (droit subjectif de la personne que cette dernière peut opposer aux tiers) et enfin une dignité, au contraire, opposable à l'homme par les tiers en tant qu'elle relèverait de la protection de l'humanité. C'est cette dernière acception que nous utilisons ici.

2005) ou Michel Journiac (*Contrat pour un corps,* 1972). D'une manière plus allusive mais également très forte, l'artiste mexicaine Teresa Margolles, qui est formée en médecine légiste, construit son œuvre autour de la dénonciation de la violence urbaine au Mexique. Elle se sert de corps de personnes décédées de façon violente – sans jamais les montrer frontalement – pour mettre en place des installations spectaculaires : elle installe ainsi dans des salles de musées des brumisateurs vaporisant l'eau ayant servi à laver les corps à la morgue ou expose en guise de « suaire » un drap ayant enveloppé les corps de sans-abris décédés[283].

Le statut du cadavre fait l'objet de règles particulières en droit français. L'article 16-1-1 du code civil pose l'obligation de traiter les restes humains avec respect, dignité et décence. Dans un souci de respect des dépouilles et de préservation de l'ordre public, des dispositions de droit public encadrent assez strictement le traitement des corps de personnes décédées[284].

Cette sévérité du droit français rend-elle impossible toute utilisation du corps humain après la mort à des fins artistiques ? Il se révèle intéressant ici de prendre l'exemple de l'exposition « Our Body » qui a fait l'objet d'une interdiction judiciaire en 2009 (1) avant d'élargir notre réflexion à l'exposition des restes humains dans les musées d'ethnologie (2).

1. L'affaire « Our Body »

« Our Body, à corps ouverts » est une exposition itinérante ayant été présentée dans plusieurs grandes villes mondiales qui s'est installée à Paris en 2009. Cette exposition montrait des cadavres « plastinés » (dont les muscles sont conservés mais dépourvus de leur peau) mis en scène dans diverses poses représentant des activités quotidiennes ou sportives. Les organisateurs de l'événement revendiquaient principalement un objectif scientifique et pédagogique – présenter le fonctionnement du corps humain et prévenir contre certaines maladies – mais également une portée artistique.

[283] Pour une analyse de l'œuvre de cette artiste, et notamment sur son absence de morbidité v. M. Jimenez, *La querelle de l'art contemporain*, Gallimard, 2005 selon lequel « ce n'est pas la mort en tant que tel qui intéresse Teresa Margolles mais les implications sociales, culturelles et politiques de la violence urbaine ».

[284] L'article L. 2213-7 du code général des collectivités territoriales dispose que « le maire ou, à défaut, le représentant de l'État dans le département pourvoit d'urgence à ce que toute personne décédée soit ensevelie et inhumée décemment sans distinction de culte ni de croyance ». V. aussi CE, 6 janvier 2006, Martinot, qui précise que l'inhumation ou la crémation sont les seules possibilités légales de disposer d'une dépouille – la cryogénisation étant elle interdite.

Une opposition à cette manifestation s'est manifestée dans les médias en raison du caractère perçu comme voyeuriste de l'exposition et du manque de respect que celle-ci témoignait pour les dépouilles exhibées au public[285]. Était également contestée l'opacité entourant la provenance des cadavres « plastinés » – des associations soupçonnant qu'il s'agissait des dépouilles de condamnés à mort exécutés en Chine. Plusieurs décisions judiciaires ont conduit à l'interdiction de l'exposition (α), s'appuyant sur des motifs qui ont pu faire l'objet de critiques doctrinales (β).

α. L'interdiction de l'exposition

Après quelques mois d'exploitation, l'exposition fut interdite par une ordonnance du tribunal de grande instance de Paris saisi en référé par deux associations opposées à la peine de mort[286]. Cette décision a ensuite été confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris[287] qui a fait l'objet d'un pourvoi de l'organisateur de l'exposition, pourvoi rejeté par la Cour de cassation[288]. Il est intéressant de constater que si les trois décisions de justice vont dans le même sens, celui de l'interdiction de l'événement, leurs motivations diffèrent assez substantiellement.

Le tribunal de grande instance de Paris semble offrir la décision la plus tranchée et conclure sans ambiguïté à l'illégalité des expositions de cadavres humains. Il se fonde sur l'article 16-1 du code civil qui pose le principe de respect de la dignité humaine et relève qu'aucune justification à une atteinte à la dignité n'est prévue par la loi. Ainsi, la juridiction déclare qu'une atteinte à la dignité ne peut être excusée par la poursuite d'un but légitime, ce qui implique en l'occurrence que le défendeur ne pouvait pas valablement se prévaloir de la portée pédagogique de la manifestation[289]. Cependant, et quelque peu paradoxalement, la juridiction examine tout de même, dans un second temps, l'intérêt scientifique et artistique de l'exposition.

Le tribunal relève en effet qu'aucune des deux justifications avancées par l'organisateur de l'exposition (scientifique et artistique) n'est applicable en l'espèce. Tout d'abord, l'exposition présente une version esthétisée des cadavres en montrant « des découpages qui ne sont pas

[285] Sur ces oppositions v. notamment P. Le Coz, « Pourquoi l'exhibition des cadavres a-t-elle été interdite en France ? » *in Corps*, vol. 11, n° 1, 2013, p. 79-86.

[286] TGI de Paris, 21 avril 2009, n° 09/53100., *AJDA*, 2009 p. 797.

[287] Cour d'appel de Paris pôle 1, ch. 3, 30 avril 2009, n° 09/09315, *D.,* 2009, p. 2019.

[288] Cass. civ. 1ère, 16 septembre 2010, n° 09-67.456.

[289] Le tribunal relève ainsi que « la visée pédagogique, étrangère à la prévision de la loi, ne peut absoudre une illicéité manifeste ».

scientifiquement légitimes, des colorations arbitraires, des mises en scènes déréalisantes »[290], excluant ainsi l'intérêt scientifique revendiqué. De plus, le tribunal, confronté à l'argument de la portée artistique de l'exposition, le rejette par un raisonnement qui nous paraît être d'un grand intérêt. La juridiction avance que l'exposition « Our Body » ne peut se prévaloir de « l'insertion de la manifestation dans un courant artistique ancien et constant : le transi, l'écorché, la leçon d'anatomie... alors que l'exposition épuise le mouvement artistique dans lequel elle prétend se situer en substituant à la représentation de la chose, la chose même »[291]. Ainsi, il serait impossible de parler d'intérêt artistique parce que l'exposition « Our Body » montre directement des cadavres humains au lieu de les représenter sur une peinture, un dessin, une photographie, etc. Certes, en l'espèce, cette exposition ne semblait pas d'une grande qualité artistique. Cependant, montrer le corps sans médiation – et ne pas le représenter – est précisément le propre de la performance, mouvement dont on ne peut arguer, de par son ampleur et son importance dans l'histoire de l'art récente, qu'il serait dénué d'intérêt artistique. Le raisonnement retenu est donc très contestable : en reprochant *in fine* à l'exposition de montrer directement les cadavres plutôt que des représentations de ceux-ci, le tribunal de grande instance traduit une grande méconnaissance de l'art contemporain et de ses ambitions.

Pour Bernard Edelman, qui nous paraît faire un pas de plus que les motifs du tribunal, le simple fait d'utiliser le corps humain (la chair) comme un matériau rend automatiquement l'œuvre contraire à la dignité, peu importe l'intention de l'artiste, les dispositifs utilisés ou la manière dont le corps est présenté au public[292]. Il est vrai que la décision du tribunal est ambiguë : la juridiction rejette la justification avancée par le défendeur (le but pédagogique de l'exposition) car elle estime qu'elle ne peut absoudre une atteinte à la dignité, mais examine tout de même l'intérêt scientifique et artistique de l'exposition. Le tribunal nous semble en fait, prendre en compte l'intérêt artistique et, surtout, scientifique de la manifestation dans l'examen de l'existence même d'une atteinte à la dignité. Ainsi, l'intérêt scientifique d'une exposition de restes humains ne permet pas de justifier une atteinte déjà avérée à la dignité ; en revanche, une telle exposition qui présenterait le cadavre humain avec décence ne serait, tout simplement, pas contraire à la dignité humaine. D'ailleurs, le tribunal note que la présentation esthétisante et

[290] TGI de Paris, 21 avril 2009, n° 09/53100., *AJDA*, 2009 p. 797.
[291] *Ibid.*
[292] B. Edelman, « Entre le corps - objet profane - et le cadavre - objet sacré » *in D.*, 2010, p. 2754.

fantaisiste des cadavres manquait en l'espèce à la décence[293], ce qui nous permet de déduire qu'à l'inverse, une présentation sobre et scientifique ne serait pas indécente et, partant, n'entraînerait aucune atteinte à la dignité.

La Cour de cassation semble aller dans le même sens que le tribunal de grande instance en retenant que l'exposition poursuivait un objectif uniquement commercial – et non pas scientifique ou artistique[294]. Or, cet objectif commercial est incompatible avec le respect et la dignité dus aux dépouilles humaines. Si c'est l'objectif commercial qui pose problème, il est possible de se demander ce qu'il aurait été d'une exposition avec un objectif légitimement artistique ou avec un objectif uniquement artistique et non commercial. Il nous semble ici que la Haute juridiction ne ferme pas la porte à la possibilité qu'une exposition puisse être autorisée du fait de sa portée artistique – comme certaines exhibitions de cadavres peuvent l'être par leur portée scientifique[295].

β. Des décisions aux motifs différents

Le fondement de la décision de la Cour de cassation a pu être critiqué en ce qu'il était trop restrictif pour la liberté d'expression et pour le droit à l'autonomie personnelle. Agnès Tricoire[296] notamment, lui préfère le raisonnement tenu dans cette même affaire par la cour d'appel de Paris[297]. Celle-ci avait en effet bien interdit l'exposition mais s'est fondé sur l'absence de consentement des personnes dont les corps furent « plastinés ». La cour d'appel semble (contrairement à la juridiction de première instance et à la Cour de cassation) reconnaître un intérêt scientifique à l'exposition, mais juge que l'exposition des cadavres de personnes non consentantes viole le principe de respect des dépouilles. En l'occurrence, les cadavres exposés pour « Our Body » étaient ceux de prisonniers et condamnés à mort chinois à l'identité inconnue qui n'auraient pas donné leur consentement pour que leurs corps soient ainsi exploités après leur décès. À l'inverse, si le consentement des personnes dont les cadavres sont exposés avait été recueilli, la manifestation devrait, selon le raisonnement proposé par Agnès Tricoire, être

---

[293] Le tribunal relève que « la présentation des cadavres et organes met en œuvre des découpages qui ne sont pas scientifiquement légitimes, des colorations arbitraires, des mises en scènes déréalisantes, qu'il est manifestement manqué à cet égard à la décence ».

[294] Cass. civ. 1ère, 16 septembre 2010, n° 09-67.456.

[295] Hypothèse évoquée par A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 112.

[296] A. Tricoire, *Petit traité de liberté d'expression*, La découverte, 2011, p. 264 et s. Par exemple, p. 266 : « On pourrait considérer que le consentement de la personne à ce que son corps soit plastiné et exposé exclut toute atteinte à la dignité. Ce n'est pas la position de la Cour de cassation, qui paraît faire prévaloir la dignité, donc sa propre conception de la dignité, sur le consentement ».

[297] Cour d'appel de Paris pôle 1, ch. 3, 30 avril 2009, n° 09/09315, *D.,* 2009, p. 2019

autorisée au nom du droit à disposer de son corps – qui impliquerait la possibilité de choisir le devenir de sa dépouille[298]. Cette solution est pourtant éloignée du droit positif français qui ne permet pas de disposer librement de sa dépouille puisque seules l'inhumation et l'incinération sont autorisées[299]. Quand bien même une personne aurait, de son vivant, souhaité être « plastinée » et exposée, cela lui serait impossible.

Se fonder uniquement sur le consentement des personnes dont les cadavres sont exposés aurait certes pour avantage d'éviter que le juge n'intervienne par un jugement moral ou esthétique. Il est vrai qu'en évaluant l'intérêt scientifique et, surtout, artistique de l'exposition, le tribunal de grande instance de Paris a clairement émis un jugement de valeur qui s'apparente à un jugement de bon goût – et qui, par l'insistance du tribunal sur la seule légitimité artistique de la représentation, révèle une grande méconnaissance de l'art contemporain. Cependant, une telle objection ne peut s'appliquer à la notion de « fins commerciales » mise en avant par la décision de la Cour de cassation. Le raisonnement de la Cour diffère en effet de celui du juge de première instance en ce que, là où le tribunal semblait évaluer l'intérêt (scientifique ou artistique) de l'exposition, la Haute juridiction ne prend en compte que son objectif. Pour la Cour de cassation, ce n'est pas parce que l'intérêt scientifique et artistique de l'exposition était faible qu'elle était contraire à la dignité, mais seulement parce que ses fins étaient commerciales. Ainsi, sans juger de sa qualité, le juge pourrait évaluer si le but d'un événement est commercial, ou au contraire artistique ou scientifique.

L'application de ce critère des finalités commerciales paraît donc être une bonne manière de limiter les pouvoirs d'appréciation subjective du juge tout en permettant d'interdire l'exploitation indigne des restes humains. En effet, associer la dignité et le respect de la dépouille humaine à l'absence de fins commerciales des expositions qui les montrent au public (ou du moins au caractère incident de telles fins) est plutôt logique. D'une part, il est possible de penser que la dépouille humaine ne doit pas être exploitée pour des raisons commerciales puisqu'une telle exploitation serait, en soi, indigne. D'autre part, l'objectif de l'exposition influe aussi sur son contexte concret – et c'est bien ce contexte concret que le juge cherche, nous paraît-il, à évaluer pour déterminer s'il y a une atteinte à la dignité. Ainsi, si un événement a

---

298 Cette proposition fait penser à l'œuvre de Michel Journiac, *Contrat pour un corps* (1972). Pour cette œuvre, l'artiste propose de signer un « contrat » pour « transformer votre corps en œuvre d'art » après la mort, avec la possibilité de choisir si le squelette sera blanc, or ou revêtu de vos vêtements. Pour cela, il faut léguer son corps à Journiac comme on le lèguerait à la science. L'effet de ce contrat est presque celui d'une plaisanterie – c'est un contrat qui ne peut pas être exécuté et qui n'est d'ailleurs pas fait pour cela.

299 V. CE, 6 janvier 2006, Martinot.

pour seul objectif le profit économique, il aura davantage tendance à avoir recours à des présentations sensationnalistes ou voyeuristes de la dépouille, peu compatibles avec les principes de dignité et de respect de la personne humaine. Nous pouvons donc comprendre le recours à un critère d'objectif commercial, qui peut être plus facile à mettre en œuvre pour les juridictions, en tant que critère unique, que d'évaluer la façon dont l'exposition traite les dépouilles humaines – si celles-ci sont conservées selon des normes scientifiques, si les mises en scène sont dénuées de sensationnalisme, si leur présence est contextualisée et si, en résumé, ces dépouilles sont symboliquement reliées aux êtres humains qu'elles ont été. Toutefois, il nous semble, en définitive, que l'absence de finalité commerciale signale un traitement plus respectueux des dépouilles selon les critères cités ci-dessus.

Évidemment, la mise en œuvre du critère de finalité commerciale n'est pas dénuée de difficultés. Identifier une manifestation dont l'objectif est commercial amène à s'interroger sur les éléments qui peuvent être pris en compte : tickets d'entrée, statut juridique de l'organisateur, etc. Ainsi, une autre objection avancée par Agnès Tricoire contre ce critère de « fins commerciales » est sa portée trop large. Il ne pourrait convenir car il s'opposerait à toute manifestation à laquelle on accède par un billet d'entrée payant, y compris par exemple à l'exposition de momies au Louvre[300]. Or, il nous semble possible d'établir que le but commercial ne se résume pas à l'existence d'un billet d'entrée payant. Par exemple, l'exposition « Our body » était organisée par une société de production de spectacle dans une salle privée[301] ce qui permet de la distinguer aisément de manifestations organisées par des structures publiques, comme le Louvre, ou des structures privées sans but lucratif. Il paraît ainsi possible de prendre en compte une série d'élément, dont le statut de l'organisateur (institution publique, association ou société privée) et le caractère plus ou moins justifié par un intérêt artistique ou scientifique de la manifestation.

En définitive, il apparaîtrait que les juridictions prennent en compte, non la dignité abstraite des dépouilles, mais le contexte des événements qui les présentent au public. Ainsi la dignité humaine ne constitue pas un principe justifiant automatiquement l'interdiction de toute utilisation du corps humain (et en particulier ici des dépouilles humaines). Il semble envisageable de procéder à une balance entre l'objectif de l'exposition et le respect dû aux dépouilles pour justifier ou non d'une interdiction. Certes, en l'espèce, le caractère commercial

300 V. A. Tricoire, *op. cit.,* p. 265.
301 V. E. Launet, « Morts à profit » *in Libération*, 14 mai 2009, p. 30-31.

de l’exposition « Our Body » a conduit à son interdiction mais dans d’autres cas, l’objectif scientifique ou artistique de certaines manifestations pourrait aboutir à une autorisation. En ce sens, on peut relever que d’autres expositions de cadavres (par exemple les momies dans les musées d’archéologie ou les expositions anatomiques dans les musées de médecines) ne posent pas les mêmes difficultés, sans pour autant qu’elles ne renvoient à une situation fondamentalement différente. La décision de la cour d’appel de Paris nous rappelle ainsi que « le respect n'interdit pas le regard de la société sur la mort, et sur les rites religieux ou non qui l'entourent dans les différentes cultures, ce qui permet de donner à voir aux visiteurs d'un musée des momies extraites de leur sépulture, voire d'exposer des reliques, sans entrainer d'indignation ni de trouble à l'ordre public »[302].

2. Les dépouilles dans les collections muséales

Il existe de nombreux restes humains sous diverses formes (ossements, momies, exposition d’anatomie, etc.) dans les collections muséales françaises. Ceux-ci ne suscitent pas la même indignation que les corps « plastinés » de l’exposition « Our Body » ; cependant depuis le début des années 2000, des demandes de restitutions formulées par les pays d’origine de certains de ces restes humains – notamment ceux qui font partie des collections ethnographiques – ont conduit à s’interroger sur le statut juridique des dépouilles conservées au musée.

Deux affaires en particulier ont provoqué ces réflexions. Il s’agit d’abord du corps de Saartjie Baartman dite la « Vénus hottentote », originaire d’Afrique du Sud, envoyée en Europe afin d’y être exhibée dans des « zoos humains » et décédée à Paris en 1815. Suite à son décès, le squelette de Saartjie Baartman avait été conservé dans les collections du Muséum national d’histoire naturelle mais des mouvements citoyens en Afrique du Sud, à partir de la fin des années 1990, ont conduit le Gouvernement sud-africain à demander sa restitution. Techniquement, cette demande se heurtait au principe d’inaliénabilité du domaine public[303] –

[302] De même, M. Cornu dans « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? » *in D.*, 2009, p. 1907, note la grande similitude de nature entre les corps exposés de « Our Body » et les écorchés exposés au musée Fragonard de l’école vétérinaire de Maison-Alfort depuis environ 200 ans, la différence tenant à l’objectif véritablement scientifique de la seconde exposition.

D’ailleurs, les organisateurs de l’exposition eux-mêmes tentèrent sans succès d’avancer, devant les juridictions françaises, qu’il n’existait pas de différence entre les corps « plastinés » et les momies exposées dans certains musées d’archéologie.

[303] Article L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

domaine public dont relevait la dépouille de Saartjie Baartman en tant que partie des collections muséales nationales. Afin de permettre sa remise à l'Afrique du Sud, le Parlement a voté une loi *ad hoc* en 2002 prévoyant son déclassement[304] – démarche qui a pu être critiquée comme une solution de circonstance évitant un débat de fond sur la restitution des restes humains en général[305].

A l'occasion de cette affaire, des interrogations ont été soulevées sur la nature particulière de la dépouille du fait qu'il s'agissait de restes humains et non d'un objet quelconque. Ainsi, lors des débats au Sénat sur la proposition de loi de 2002, l'article 16-1 du code civil a été évoqué par le Gouvernement pour soutenir que la dépouille de Saartjie Baartman, en tant que reste humain, ne pouvait faire l'objet d'un droit patrimonial[306]. Par suite, il aurait été impossible de la considérer comme la propriété du Muséum d'histoire naturelle[307], ce qui aurait rendu inapplicable le principe d'inaliénabilité du domaine public mais, paradoxalement, aurait également pu empêcher une restitution. En effet, si ni le Muséum ni l'État français ne pouvaient se dire propriétaires des restes de Saartjie Baartman, il n'aurait pas été en leur pouvoir de les restituer à l'Afrique du Sud. Comme le remarque le rapport législatif du Sénat, si ces restes ne peuvent appartenir « ni à l'État français ni à l'État sud-africain », cela conduit à se demander « comment le premier pourrait les restituer au second »[308]. Devant cette situation quelque peu absurde et face aux incertitudes persistantes entourant le statut de la dépouille[309], la proposition de loi permettant une restitution fut tout de même votée. Cependant, il est possible de noter que

---

304 Loi n° 2002-323 du 6 mars 2002 relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud.

305 M. Cornu, *op. cit.* ainsi que M. Van-Praët, « Saartjie Baartman : Une restitution témoin d'un contexte muséal en évolution » in C. Blanckart (éd.), *La Vénus hottentote : Entre Barnum et Muséum*, Publications scientifiques du Muséum, 2013, p. 367-385.

306 V. Sénat, Commission des affaires culturelles, *Rapport n° 177 : Loi relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud, présenté par P. Richert,* 23 janvier 2002, p. 7-8 ainsi que Assemblée nationale, Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, Rapport n° 3563 *Loi relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud, présenté par J. Le Carrec*, 7 février 2002, p. 10-11.

307 Comme le précise une note du gouvernement restituée par le rapport du Sénat précité : « Ils [les restes de Saartjie Baartman] ne pourraient dès lors être regardés comme la propriété du Muséum – qui en serait le "gardien" – ni comme celle de l'État, et leur restitution ne pourrait se fonder sur les règles de la domanialité publique qui régissent les collections publiques, même s'il est affirmé, de façon quelque peu contradictoire, que "l'inclusion d'une pièce insusceptible de propriété dans une collection publique n'est aucunement irrégulière, dès lors qu'elle est scientifiquement motivée" ».

308 Sénat, Commission des affaires culturelles, *Rapport n° 177 : Loi relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud, présenté par P. Richert,* 23 janvier 2002, p. 8.

309 Il paraîtrait en effet que l'applicabilité de l'article 16-1 du code civil à la dépouille de Saartjie Baartman, qui aurait fait de cette dernière un objet insusceptible d'appropriation, n'ait été qu'une hypothèse.

le texte final adopte une formulation assez prudente : comme le remarque Marie Cornu, il prévoit la remise des restes de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud, et non leur restitution[310].

Une seconde affaire vint interroger le statut juridique des restes humains conservés dans les musées, dans le cadre d'une nouvelle demande de restitution. Celle-ci concernait les têtes maories, aussi appelées *toi moko*, originaires de Nouvelle-Zélande. Ces têtes maories sont des têtes momifiées et ornées de tatouages qui constituent des objets rituels pour le peuple maori. C'est pourquoi un musée néo-zélandais a demandé, à partir des années 1990, le retour des têtes dispersées dans différents musées mondiaux. En 2007, la municipalité de Rouen décida de restituer la tête maorie détenue par Muséum d'histoire naturelle de la ville et prit un arrêté municipal à cet effet. Cette décision se heurtait toutefois, comme pour la dépouille de Saartjie Baartman, au principe d'inaliénabilité du domaine public. Or, une loi de 2002 avait mis en place une procédure de déclassement des collections des musées labélisés « musées de France » appartenant à une personne publique[311] – ce qui était la situation du Muséum de Rouen –, mais cette procédure n'avait pas été respectée en l'espèce. L'arrêté municipal visant à la restitution de la tête maorie fut, pour cette raison, attaqué devant la juridiction administrative.

Pour défendre sa décision, la Mairie de Rouen reprit l'argument reposant sur l'article 16-1 du code civil qui avait été avancé dans l'affaire Saartjie Baartman. Selon elle, il aurait été inutile de procéder au déclassement de la tête maorie puisque, en tant que reste humain, celle-ci était insusceptible d'appropriation et ne faisait donc pas partie du domaine public. Cette position a été désavouée par le juge administratif en première instance puis en appel. En effet, la juridiction administrative a considéré que l'article 16-1 du code civil n'était pas applicable en l'espèce puisque cette disposition n'implique pas que des restes humains ne puissent pas faire partie du domaine public. Ainsi, pour, la cour administrative d'appel de Douai, la disposition du code civil n'a « ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à l'exercice d'un régime de domanialité publique sur un reste humain en application des dispositions du code du patrimoine »[312]. Il est certain qu'il aurait été très paradoxal de considérer que l'article 16-1 du

[310] L'intervention orale de M. Cornu est retranscrite dans Musée du Quai Branly, *Version française retranscrite du symposium international « Des collections anatomiques aux objets de culte : conservation et exposition des restes humains dans les musées »*, 22 et 23 février 2008, p. 83.

[311] Cette procédure de déclassement est prévue par l'article 11 de la loi n° 2002-5 du 4 janvier 2002 relative aux musées de France, qui a été codifié en 2004 à l'article L. 451-5 du code du patrimoine. Elle nécessite l'obtention de l'avis conforme d'une commission scientifique

[312] CA Douai, 24 juil. 2008, n° 08DA00405.

V. aussi la décision de première instance, TA Rouen, 27 déc. 2007, n° 0702737, qui précise : « cet article ne fait pas obstacle, contrairement à ce que soutient la ville de Rouen, à ce que la tête Maori, du seul fait qu'il s'agit d'un

code civil empêche les restes humains d'être soumis aux règles qui encadrement la domanialité publique, dans la mesure où ces règles ont pour objectif de protéger les biens publics, et en particulier ici les objets et œuvres d'art qui forment les collections des musées publics. En effet, l'article 16-1 du code civil comme le régime de la domanialité publique, et notamment le principe d'inaliénabilité, sont des dispositions qui tendent à protéger, d'une part le corps humain et de l'autre les biens publics, contre une certaine marchandisation et qui, ainsi, poursuivent un objectif très similaire.

L'affaire des têtes maories a provoqué des réflexions autour des pratiques muséales de conservation et d'exposition des restes humains, qui se sont notamment manifestées par l'organisation d'un symposium international au Musée du Quai Branly en 2008[313] et par la publication d'un avis du Comité consultatif national d'éthique en 2010[314]. Cependant, ces réflexions n'ont pas abouti à une solution générale concernant le statut des restes humains et l'affaire s'est finalement résolue par l'adoption, en 2010, d'une seconde loi *ad hoc* permettant la restitution à la Nouvelle-Zélande des têtes maories détenues par des musées publics français[315].

La discussion dans ces affaires s'est portée sur un domaine différent du débat entourant l'exposition « Our Body ». Les problèmes juridiques soulevés se rapportaient à des questions assez techniques ayant trait au régime de la propriété publique et ont peu été liés au statut du corps en général ou à la question de la dignité humaine. En particulier, il est étonnant de remarquer qu'une possible atteinte à la dignité n'a presque pas été discutée, alors même qu'il aurait été tout à fait possible de porter le débat sur ce plan, dans la mesure où il s'agissait d'exposer des restes humains comme des objets de curiosité et ce, au moins pour Saartjie Baartman, sans que cette démarche ne soit justifiée par un véritable intérêt scientifique[316]. Cela

---

reste humain, soit soumise au régime applicable, en vertu notamment des dispositions législatives précitées du code du patrimoine, aux éléments des collections des musées de France et bénéficie des garanties qui y sont attachées ».

313 Ce symposium est retranscrit par Musée du Quai Branly, *Version française retranscrite du symposium international « Des collections anatomiques aux objets de culte : conservation et exposition des restes humains dans les musées »*, 22 et 23 février 2008.

314 CCNE, Avis n° 111 *sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale, rapporté par J.-C. Ameisen et P. Le Coz*, 7 janvier 2010.

315 Loi n° 2010-501 du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections.

316 V. Assemblée nationale, Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, Rapport n° 3563 *Loi relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud, présenté par J. Le Carrec*, 7 février 2002, p. 12.

peut s'expliquer par le fait que les difficultés juridiques auxquelles les restitutions ont été confrontées concernait le droit de propriété. Or, comme le fait remarquer Marie Cornu, ce n'est pas la simple propriété de restes humains par les musées qui est susceptible de heurter la dignité, mais plutôt les conditions dans lesquelles ces restes sont exposés[317]. Cependant, si certaines mises en scène, telles que celles des corps « plastinés » de « Our Body », peuvent porter atteinte à la dignité humaine, Mme Cornu note que dans la plupart des cas, « on peut penser que les pratiques muséales seront respectueuses de l'humain, aménageront un environnement propice à la présentation et l'étude de ses restes »[318].

Ce qui distingue les restes conservés dans des musées d'ethnologie des cadavres « plastinés » n'est ni une différence de nature – il s'agit dans les deux cas de dépouilles humaines –, ni même l'intérêt scientifique ou artistique – l'intérêt scientifique de la conservation du corps de Saartjie Baartman était ainsi très douteux –, mais une différence de présentation qui tient à la façon dont les dépouilles sont exposées et à leur environnement. Nous pouvons penser que cela rejoint l'objectif de l'institution exposante – informer le public ou le divertir –, critère qui se retrouve dans les décisions judiciaires de l'affaire « Our Body »[319]. Évidemment, cette limite entre information et divertissement peut être très floue et elle tient aussi à une certaine légitimité de l'institution muséale. Il nous est permis toutefois de penser que l'exposition de cadavres au nom de l'art serait juridiquement possible, si les œuvres en question étaient intégrées dans des réseaux institutionnels reconnus, facilitant leur reconnaissance en tant que productions artistiques, et servaient un certain propos (par exemple un propos social).

---

[317] Musée du Quai Branly, *Version française retranscrite du symposium international « Des collections anatomiques aux objets de culte : conservation et exposition des restes humains dans les musées »*, 22 et 23 février 2008, p. 84-85 : « L'entrée au musée ne semble guère heurter le principe de dignité, du moins tel que nous le concevons dans le droit français. Toutes les difficultés ne sont pas pour autant levées, le corps humain n'est pas un bien culturel comme les autres, et le conflit de valeurs, le cas échéant, va se nouer dans l'accomplissement d'autres missions du musée, en particulier c'est dans la mission d'exposition que les possibles interférences du principe de dignité sont peut-être plus tangibles. »

[318] *Ibid.,* p. 85.

V. aussi la décision du TA Rouen dans l'affaire des têtes maories (TA Rouen, 27 déc. 2007, n° 0702737), qui estime « que les conditions actuelles de conservation de la tête Maori au sein des collections municipales du muséum ne sont contraires, ni dans leur principe, ni dans leurs modalités, à l'article 16-1 du code civil ».

[319] Pour la Cour de cassation, sous la forme un peu différente du critère de finalité commerciale (plutôt qu'artistique ou informative) de l'exposition. V. Cass. civ. 1ère, 16 septembre 2010, n° 09-67.456.

Paragraphe 2. Le corps modifié

La réification est d'autant plus présente lorsque l'artiste ne se contente pas d'exposer un corps humain dans le même contexte que des objets, mais utilise vraiment ce corps comme un matériau. De cette façon, le corps n'est pas seulement assimilé à un objet, mais est très directement utilisé comme tel. Il peut ainsi être modifié, modelé, servir de support à une création, etc.

Un exemple particulièrement explicite d'une telle réification concrète du corps humain est constitué lorsque l'artiste utilise le corps d'autrui comme corps support de création (A) ce qui pose la question de la possibilité, pour un artiste et un modèle, de s'accorder sur une telle utilisation du corps (B).

A. La réification du corps-support comme démarche artistique

L'artiste belge Wim Delvoye s'est servi du tatouage pour utiliser le corps d'un modèle comme une toile, support à son œuvre graphique. Il a ainsi réalisé une œuvre nommée *Tim* (2006-2008) pour laquelle il a dessiné un motif qu'il a ensuite fait tatouer par le tatoueur Matt Powers sur le dos d'une personne consentante – mais qui, contrairement à la norme lorsqu'une personne a recours à un tatoueur, n'avait pas choisi ni participé à l'élaboration du motif. Cette personne, un homme nommé Tim Steiner, prête ainsi son dos comme simple support d'une œuvre dont Wim Delvoye est l'auteur. L'artiste a d'ailleurs signé sa « toile » en faisant tatouer son nom au bas du dos du modèle, ce qui n'est pas une pratique commune pour un tatouage. Il fut vendu ensuite en tant qu'œuvre d'art à un collectionneur allemand par l'intermédiaire d'une classique galerie d'art. Cette vente a pris la forme d'un contrat signé entre le modèle, l'artiste et l'acheteur. Il en résulte, pour Tim Steiner, que son « propriétaire » a acquis le droit de le tenir à sa disposition pendant trois à quatre semaines par an afin de l'exposer dans des musées ou des manifestations artistiques privées[320]. Lors de ces expositions, le modèle se tient dos au

[320] Il a été exposé dans des institutions muséales d'importance, notamment au musée du Louvre en 2012 dans le cadre d'une exposition consacrée à Wim Delvoye.

public, en silence et dans l'immobilité, ce qui renforce encore son assimilation avec les objets d'art exposés autour de lui. De plus, il est possible à l'acheteur de vendre ou de léguer *Tim*, comme toute autre œuvre d'art, et, selon l'accord, le corps de Tim Steiner sera, après sa mort, dépecé et la pièce de peau tatouée sera conservée par le propriétaire de la « toile ».

Dans une démarche qui peut être comparée à celle de Wim Delvoye, l'artiste espagnol Santiago Serra a réalisé une série d'œuvres pour lesquelles il a tatoué des lignes droites sur le corps (en général le dos) de personnes rémunérées à cet effet[321]. Il souhaitait par là interroger les rapports de force et la pauvreté extrême dans certaines parties du monde en se mettant dans une situation moralement très ambiguë. Il a ainsi choisi ses modèles dans des pays en développement ou dans des couches particulièrement désavantagées de la société (prostituées ou consommateurs de drogues). Il a spécifiquement cherché des personnes qui n'étaient pas tatouées et n'avait pas l'intention de l'être mais qui, par détresse financière, étaient tout de même prêtes à subir cette modification corporelle permanente et douloureuse et, puisqu'il s'agissait d'une simple ligne droite, relativement peu décorative en échange d'une somme d'argent dérisoire – pour deux de ses réalisations, dans lesquelles les modèles étaient des consommateurs de drogues, il s'agissait même du prix d'une seule dose d'héroïne[322]. En tirant ensuite profit de ses œuvres – en vendant par exemple des photographies ou vidéographies de celles-ci à des musées[323] – il se place dans une situation d'exploiteur par rapport aux modèles qu'il a utilisés et rend le monde de l'art (jusqu'au simple public du musée dans lequel son œuvre est exposée) complice de cette exploitation.

Ainsi ces œuvres, en entrant dans le jeu de l'objectification de l'être humain et de la réification de son corps, visent paradoxalement à les dénoncer[324]. De même que Wim Delvoye avec *Tim*

---

[321] Notamment *Line of 30 cm Tattooed on a Remunerated Person 51 Regina Street. México City, Mexico*. (1998), *250 cm Line Tattooed On 6 Paid People, Havana, Cuba* (1999), *10 inch line shaved on the heads of two junkies who received a shot of heroin as payment* (2000) et *160 cm Line Tattooed on 4 People El Gallo Arte Contemporáneo. Salamanca, Spain* (2000).

[322] Pour des telles pratiques, en France l'artiste s'exposerait à des poursuites pénales en vertu de l'article 225-13 du code pénal qui, pour lutter contre le travail indigne et les formes modernes d'esclavage, puni comme un délit « le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli ». Or il s'agit là de la démarche même de Serra, l'assiste cherche expressément des personnes vulnérables qui sont prêtes à fournir un service pour une rétribution dérisoire.

[323] Santiago Serra a exposé à la Tate Modern de Londres et au MoMA de New York.

[324] De façon intéressante, la controverse suscitée par les œuvres de Serra rejoint le débat juridique sur le consentement. V. par exemple M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats » *in RTD civ.* 1995, p. 57. Les individus tatoués par Serra acceptent en effet le tatouage proposé par l'artiste, mais on ne peut raisonnablement penser que ce consentement est libre, et non poussé par la détresse financière. Serra cherche ainsi à illustrer, par une expérience sociale moralement fort douteuse,

avait une vocation critique : l'artiste souhaitait choquer et mettre en lumière les dérives du marché de l'art, tout en y participant entièrement – l'œuvre, confiée à une galerie, a été vendue pour 150 000 euros[325].

Ici, les modèles utilisés par l'artiste ne peuvent pas être assimilés à des interprètes. Ces cas de figures s'éloignent significativement du modèle de comédiens ou de danseurs interprétant un texte ou une chorégraphie. Le corps devient un véritable objet et les règles juridiques qui gouvernent alors les relations entre l'artiste et le modèle ne peuvent être régies par le droit du travail encadrant les artistes du spectacle. Elles ne correspondent pas non plus au statut de mannequin[326]. Dans le cas de Wim Delvoye, le contrat liant le modèle au collectionneur – demeuré confidentiel – serait gouverné par la loi suisse régulant la prostitution[327].

Dans ces procédés artistiques, le corps humain est, très directement, considéré comme un objet. Ce n'est pas seulement son statut symbolique qui est interrogé, comme lorsqu'il fait l'objet d'une exposition dans un musée. Il entre dans le commerce, dans sa dimension toute matérielle. Or, cela constitue évidemment une violation du principe du respect de la dignité humaine. Il ne s'agit pas ici pour les modèles de louer leur force de travail, mais de vendre leur corps considéré comme un matériau modifiable[328].

---

l'idée que tout consentement résulte d'une aliénation, et conduit à interroger par analogie sur la situation des travailleurs pauvres (objets d'une œuvre de 1999) face aux employeurs pour lesquels ils effectuent des travaux manuels en échange d'un salaire dérisoire, ou encore des prostituées (objets d'une œuvre de 2000) face à leurs clients.

Sur les risques d'une telle démarche, v. notamment M. Jimenez, *La querelle de l'art contemporain*, Gallimard, 2005.

325 Évidemment, cette intention de dénoncer n'est pas prise en compte par le droit. Celui-ci ne se préoccupe pas du message véhiculé pour décider de la validité d'un contrat. Ainsi avancer une intention critique ou artistique ne permet pas d'échapper aux conséquences juridiques.

326 V. paragraphe suivant.

327 M. Ottavi, « Tim Steiner, enchères et en os » *in Libération*, 8 octobre 2012.

328 La démarche de Santiago Serra consiste précisément à interroger le fait que des personnes soient prêtes à vendre leur corps de façon aussi radicale. L'artiste cherche à brouiller la distinction entre ce qui relève du travail légitime (vendre sa force de travail) et ce qui nous apparaît comme une exploitation insupportable et contraire à la dignité.

B. La réification du corps-support comme démarche interdite

Les contrats faisant du corps une commodité sont nuls en droit français. Nous pouvons nous référer à un arrêt rendu par la Cour de cassation en 1972[329]. Dans cette affaire, une jeune actrice (mineure de surcroît) qui avait été engagée pour jouer dans un film devait, selon les termes de son contrat d'engagement, se faire tatouer une rose sur la cuisse. Une fois le tournage terminé, le tatouage a été, conformément au contrat, enlevé par un chirurgien pour devenir la propriété de la société de production. La jeune actrice a ensuite assigné la société de production, l'assistant réalisateur et le régisseur du film en vue d'obtenir l'annulation du contrat et le versement de dommages et intérêts. Le contrat fut effectivement annulé car jugé « immoral et illicite » sur le fondement de l'article 6 du code civil qui prohibe les conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Il ne fait pas de doute que les contrats liant Delvoye et Serra et leurs modèles pourraient aujourd'hui être annulés sur le même fondement. Bien que l'article 6 du code civil n'ait jamais été utilisé explicitement de la sorte, la doctrine inclut la dignité humaine et dans les exigences de bonne mœurs et dans celles tenant à l'ordre public[330]. Or, dans la mesure où ces artistes se servent du corps humain comme d'un objet et, ce faisant, portent atteinte à l'intégrité physique de leurs modèles, leurs pratiques paraissent effectivement pouvoir porter atteinte à la dignité humaine – et ce sans qu'il soit pertinent que la personne ait donné son accord à cette atteinte[331].

Il serait également possible d'utiliser, pour annuler de tels contrats, les articles 16 et suivants du code civil, introduits en 1994 et qui protègent le corps humain. L'article 16-5 notamment déclare nulles « les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ». Évidemment, l'objet de ces contrats n'est pas directement la vente du corps d'autrui – ce qui serait de l'esclavage – mais la fourniture d'un service qui implique le corps dans sa chair (puisque le tatouage représente véritablement une atteinte à l'intégrité physique). Or, en faisant du corps humain le support, au sens physique du terme, d'une œuvre d'art et en mettant en place un échange économique entre le modèle et l'artiste (puis, dans le

329 Cass. civ. 1ère, 23 fév. 1972, n° 70-12.290, Bulletin civil 1 n°61, p. 54

330 V. l'étude du rapport 2013 de la Cour de cassation, consacrée à l'ordre public, préparée en collaboration avec G. Drago.

331 V. CE, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, n° 136727.

cas de *Tim,* entre l'artiste et un collectionneur), ces œuvres utilisent bien des mécanismes contractuels pour donner une valeur monétaire au corps humain. Certes, on pourra toujours relever que ce n'est pas, en pareil cas, le corps qui est l'objet du contrat mais plutôt la réalisation d'une prestation. Cet argument technique nous paraît cependant peu convaincant dans la mesure où, non seulement ces œuvres demandent un engagement corporel peu commun de la part des modèles, mais elles laissent aussi une marque permanente dans leur chair – ce qui dépasse assez évidemment une activité qui pourrait être qualifiée de prestation de service.

De telles œuvres, par leur démarche volontairement provocatrice, cherchent à interroger la limite entre une certaine exploitation des personnes et de leurs corps qui serait acceptée par la société et une exploitation considérée comme inacceptable, par exemple au regard des standards de la dignité humaine. Il s'agit également de l'objectif d'artistes qui, peut-être encore plus directement, mettent en œuvre le corps en tant que marchandise.

SECTION 2. Le corps traité comme une marchandise

La question posée par les cas évoqués précédemment est celle de la possibilité, pour un artiste, d'acheter ou de louer le corps d'autrui pour l'utiliser à sa guise. Cela nous amène à nous poser la question de la location du corps d'autrui – *via* un contrat de travail – et de ses limites (§1) puis, pour pousser le raisonnement sur la réification du corps à ses limites, celle des conséquences d'une activité prostitutionnelle exercée au nom de l'art (§2).

Paragraphe 1. L'interprète comme travailleur

Cette seconde question concerne les artistes qui créent non pas en utilisant leur propre corps mais à travers celui d'autrui. Cette démarche est relativement rare dans le domaine de la performance car, historiquement, ce genre suppose l'intervention directe de l'artiste lui-même.

Cela est dû à la volonté de confronter directement l'artiste au public, sans passer par le médium d'un objet ni par celui d'interprètes, ainsi qu'à celle de se distinguer des arts de la scène traditionnels qui ont systématiquement recours à des artistes-interprètes. De plus, un thème récurrent dans les œuvres d'art corporel (en particulier celles des années 1960 et 1970) est l'exploration du subjectif, ce qui a conduit certains artistes à utiliser exclusivement leur corps dans leurs réalisations. De ce fait, certains historiens de l'art ont choisi de faire de la présence physique du corps de l'artiste un élément de définition de l'art corporel[332].

Pour autant, nous n'adopterons pas ici cette définition limitative. D'une part, le fait de faire appel à des interprètes dans la réalisation de performances n'est ni exceptionnel ni totalement nouveau. Ainsi, le mouvement des Actionnistes viennois, qui représente les prémices de l'art corporel dans les années 1950 avait souvent recours à des modèles. D'autre part, il est possible d'analyser l'utilisation d'artistes-interprètes comme une tendance récente dans les pratiques de l'art de performance. Cette évolution peut s'expliquer par une certaine théâtralisation des performances en général[333] et par l'hybridation du genre avec des disciplines relevant des arts de la scène[334]. De plus, la pratique (récente) de la reconstitution nécessite elle aussi d'avoir recours à des interprètes qui doivent recréer l'action initialement réalisée par le créateur lui-même. Ce tournant, pouvant être daté des années 1990, amène des questions sur les conditions de travail des interprètes et sur l'éventuelle exploitation de leurs corps – question largement abordées par la critique d'art[335].

Nous nous trouvons ici dans la configuration d'un créateur de l'œuvre qui en confie la transmission au public à un interprète[336]. Ainsi certains artistes de performance agissent comme

---

332 A. Jones, *Body Art/Performing the Subject*, University of Minnesota Press, 1998, p. 13 : « Le terme "*body art*" insiste sur les consequences du corps (ou ce que j'appelle le corps/soi [*body/self*], avec toutes ses apparences de race, sexe, genre, classe ou autre identification apparente ou inconsciente) sur l'œuvre » (traduction libre de l'anglais). L'art corporel, en tant que processus de subjectivisation de l'artiste, ne peut se passer de la présence physique de ce dernier.

333 J. Feral, « De la performance à la performativité », *in Communications*, n° 92, 2013, p. 205-218.

334 V. sur le sujet R. Goldberg, *Performances, l'art en action*, Thames & Hudson, 1999, qui retient une définition très large de la performance.

335 V. notamment C. Bishop, « Delegated Performance: Outsourcing Authenticity », *in October*, n° 140, 2012, p. 91–112.

336 Art. L. 7121-2 du code du travail : « Sont considérés comme artistes du spectacle, notamment : 1° L'artiste lyrique ; 2° L'artiste dramatique ; 3° L'artiste chorégraphique ; 4° L'artiste de variétés ; 5° Le musicien ; 6° Le chansonnier ; 7° L'artiste de complément ; 8° Le chef d'orchestre ; 9° L'arrangeur-orchestrateur ; 10° Le metteur en scène, le réalisateur et le chorégraphe, pour l'exécution matérielle de leur conception artistique ; 11° L'artiste de cirque ; 12° Le marionnettiste ; 13° Les personnes dont l'activité est reconnue comme un métier d'artiste-interprète par les conventions collectives du spectacle vivant étendues. » Dans le cas des performances, l'artiste est assimilable à un artiste chorégraphique, voire à un artiste dramatique si la performance comprend des parties parlées. Cette liste est non exhaustive ce qui permet de prendre en compte les situations d'entre-deux comme celles

des chorégraphes, des auteurs d'art dramatique ou encore des metteurs en scène, en confiant à d'autres qu'eux la réalisation d'une performance ordonnée préalablement[337]. Les règles juridiques semblent relativement claires dans un tel cas de figure, qui est régi par le droit du travail[338]. Or, si les relations de travail sont dominées par un principe de liberté (A), dans certains cas rares, elles peuvent être interdites au nom du respect de la dignité humaine (B).

A. Le principe de liberté du travail

Dans la cadre de la performance, des modèles ont pu mettre en lumière les difficultés concrètes du travail que peut constituer l'interprétation d'une performance, dans le cadre par exemple de l'exposition de l'artiste Marina Abramovic au MoMA de New York. De jeunes artistes (danseurs ou plasticiens) assuraient pendant cette exposition la reconstitution de performances historiques de Marina Abramovic dont l'interprétation nécessite – c'est l'une des caractéristiques du travail de l'artiste – un grand engagement et une résistance physique. Pendant les reconstitutions, les modèles devaient soumettre leur corps à des positions inconfortables ou douloureuses pour de longues heures tout en faisant parfois face à des problèmes de sécurité face aux visiteurs du musée[339].

Juridiquement, exercer un emploi physiquement difficile n'est pas prohibé. En effet, les relations de travail sont fondées sur un principe de liberté. La liberté contractuelle permet aux employeurs et aux employés de s'entendre sur les conditions d'un engagement – dans les limites fixées par le droit du travail – et la liberté du travail permet à chacun d'exercer l'activité professionnelle de son choix. Cette dernière liberté a été fondée par le décret d'Allarde datant de 1791, qui proclame le droit pour « toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ». Affirmée dans le Préambule de la Constitution

d'artistes intervenant dans le cadre de performances qui n'entrent pas dans l'une des disciplines traditionnelles des arts du spectacle.

337 C'est par exemple le cas d'œuvres de Tino Seghal (*Kiss*, 2007) ou encore de Noé Soulier (*Performing art*, 2017)

338 Il existe une superposition entre le statut de salarié dont jouissent les interprètes et leur statut de créateur au titre des droits voisins au droit d'auteur que nous n'évoquerons pas dans cette partie.

339 A. Levine, « Marina Abramovic's Time: The Artist is Present at the Museum of Modern Art » *in E-Misférica, Performance and Politics in the Americas*, vol. 7, n° 2, 2011.

de 1946[340] et, plus récemment et très explicitement, dans l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[341], la liberté du travail constitue « une protection contre tout empiétement sur la liberté qu'a tout individu de louer ses services moyennant rémunération »[342].

Du fait de ce principe de liberté, un salarié peut tout à fait consentir à exercer une activité nuisible pour sa santé ou physiquement pénible. Ainsi, l'interprète d'une performance est bien un salarié[343]. L'engagement physique en lui-même, même s'il est important, est acceptable du point de vue juridique. D'ailleurs, un travail d'interprétation sollicite forcément le corps car c'est à travers celui-ci que l'œuvre d'art va être perçue par le public. Comédiens, musiciens, chanteurs ou danseurs utilisent tous leur corps de différentes façons (par leurs gestes, leur posture, leur voix, etc.) pour rendre l'œuvre vivante. Cet engagement du corps implique une fatigue, une usure, voire une prise de risque corporelle. Un danseur, par exemple, pourra être blessé en effectuant certains mouvements difficiles. Un niveau important d'engagement physique est donc nécessaire pour exercer l'activité d'interprète, ce qui est considéré comme acceptable juridiquement, comme cela l'est d'ailleurs pour tous les travailleurs[344].

En effet, la liberté du travail est également une liberté de disposer de son corps – et ici de l'engager dans une relation salariée – puisque tout contrat de travail porte *in fine* sur le corps[345]. Le corps n'est certes pas directement l'objet du contrat – cet objet serait plutôt la force de travail du salarié, comprise comme un attribut de la personne (attribut constitué ses capacités intellectuelles et physiques) mis temporairement au service de l'employeur[346]. Cependant, la force de travail, comme d'autres notions telles que le savoir-faire, permet de masquer une

---

340 Qui déclare que « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ».

341 En particulier le premier alinéa : « Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée ».

342 A. Supiot, *Le droit du travail,* PUF, 2016, p. 51.

V., pour une application jurisprudentielle du principe : CE, 22 juin 1963, Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe, *Rec.* p. 386 et Cons. const., 28 mai 1983, n° 83-156 DC.

343 V. les articles L. 7121-3 et s. du code du travail.

344 A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2011, p. 54, nous rappelle qu'il n'existe aucune activité qui ne nécessite pas une énergie physique : « Dans tous les cas (travail "manuel" ou "intellectuel") la capacité de travail se trouve subordonnée à une capacité physique, et tous les événements qui affectent celle-ci affecteront celle-là : la fatigue, la maladie, le jeune âge ou la vieillesse ». Ainsi, dans tous les emplois, la relation de travail suppose une « maîtrise physique » de l'employeur sur l'employé (p. 56), ce qui fait qu'on devrait considérer le contrat de travail comme une exception au principe d'indisponibilité du corps humain.

345 *Ibid.*

346 V. T. Revet, *La Force de travail*, Litec, 1992 qui examine la notion de « force de travail » comme pouvant faire l'objet d'un contrat.

transaction portant, finalement, sur le corps. En effet, le corps n'est pas concerné que par incidence, mais directement impliqué – le contrat de travail imposant en règle générale des horaires, des lieux de présence, et tout un ensemble de dispositifs réglant la mobilisation physique du salarié – à tel point que plusieurs auteurs ont pu remarquer que le contrat de travail ne pouvait être compris autrement que comme une exception au principe de non-patrimonialité du corps humain[347].

Évidemment le droit du travail vient réguler les relations contractuelles entre employés et employeurs[348]. L'un de ses objectifs est de fixer des limites à la liberté contractuelle afin de protéger le corps et la santé des travailleurs. C'est pour cela que sont mises en place, par exemple, des règles relatives au temps de travail, à l'hygiène et la sécurité sur les lieux de travail, etc. Pour autant, une interdiction stricte ne pourrait intervenir que dans des cas rares, en particulier si l'activité salariée porte atteinte à la dignité humaine et à l'ordre public.

B. Les relations salariées prohibées

Quelle situation de travail pourrait, alors, être prohibée en raison d'une atteinte à la dignité humaine ? Nous pouvons penser qu'une telle atteinte à la dignité serait constituée à partir d'un certain degré (élevé) de risque corporel – il nous est impossible d'imaginer par exemple un contrat de travail par lequel l'interprète d'une performance s'engagerait à se blesser ou à se laisser blesser. Nous souhaitons toutefois examiner ici si, au-delà de l'activité physiquement

---

[347] En plus de A. Supiot, *op. cit.,* v. :

M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes » in *RTD civ.*, ,1992 p. 489 : « Les longs efforts déployés par les juristes attestent que non, qui se sont ingéniés à justifier que le corps est extérieur à un tel contrat en dissociant la personne et son corps de sa force de travail. Mais qu'est-ce que celle-ci sans celui-là ? Peut-on raisonnablement prétendre que l'une existe sans l'autre ? Certes, il faut saluer la trouvaille, à condition de ne pas prétendre qu'elle est autre chose qu'un subterfuge. Car, comme on vient de le montrer, le contrat de travail conduit, lui, à travers l'utilisation de la force de travail, à une certaine patrimonialisation de la personne. »

T. Revet, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? » *in RTD Civ.*, 2017, p. 587 : « L'engagement à titre onéreux du corps humain, autre que translatif de propriété, constitue, par ailleurs, une réalité positive incontestable. Est ainsi pleinement valable, et ô combien répandu, le contrat de travail, lequel n'est autre que le louage de la force de travail, autrement dit, la mise à disposition à titre onéreux de tout ce qui permet à la personne humaine de fournir cette activité utile et socialement reconnue que l'on dénomme « travail ».

[348] Afin de prendre en compte le rapport de domination économique des uns sur les autres.

dangereuse qui fait l'objet d'un encadrement par des règles plus classiques de droit du travail[349], il existe des situations de travail prohibées en raison d'une atteinte à la dignité. Puisque la dignité humaine implique de respecter l'humanité en chaque personne, nous pouvons nous demander si un travail qui impliquerait le corps d'une façon particulièrement humiliante, dégradante ou objectifiante pourrait être interdit.

Or, si une certaine réification symbolique semble acceptable (1), la relation de travail peut effectivement être interdite comme portant atteinte à la dignité lorsque cette atteinte se manifeste d'une façon plus concrète (2), même si une telle interdiction dépend *in fine* du contexte de l'utilisation du corps (3).

1. La réification symbolique du corps-interprète

Des réflexions sur les conditions de travail des interprètes de performances furent provoquées par le dîner de gala, déjà évoqué, organisé par Marina Abramovic pour le MoCA, un musée d'art contemporain situé à Los Angeles. Pendant ce dîner, des modèles étaient présents pour effectuer des performances en se présentant comme des centres de tables vivants lors du repas[350]. Ce dîner fit l'objet d'une controverse couverte par la presse américaine qui se concentrait en particulier sur les conditions de travail difficiles – une position inconfortable devait être maintenue pendant des heures – et sur la rémunération offerte jugée insuffisante[351] –, mais il est aussi possible de s'interroger sur l'utilisation des corps des modèles qui paraît particulièrement objectifiante. En effet, la réification du corps impliquée par son exposition dans un musée était ici renforcée par le fait que les modèles avaient reçus pour consigne de rester strictement immobiles et silencieux et semblaient remplir une fonction purement ornementale lors d'un événement qui relevait davantage du divertissement que de l'événement artistique.

---

[349] Ainsi des obligations de l'employeur en matière de santé et sécurité au travail (articles L. 4121-1 à L. 4121-5 du code du travail) et du droit d'alerte et de retrait du salarié en cas de danger pour sa vie ou sa santé (articles L. 4131-1 et s. du code du travail).

[350] V. C. Bishop, *Artificial Hells: Participatory Art and the Politics of Spectatorship*, Verso, 2012.

[351] Ces critiques ont notamment été formulées à l'initiative de la danseuse et chorégraphe Yvonne Rainer, dans une lettre ouverte adressée au directeur du musée. Y. Rainer, « Letter from Yvonne Rainer to Jeffrey Deitch » *in SFMOMA, Open Space,* 15 Nov. 2011, [http://blog.sfmoma.org/2011/11/letter-from-yvonne-rainer-to-jeffrey-deitch/].

Elles sont discutées par l'une des interprètes : G. Shanks, « Lying with a Speaking Spine: Reperforming Marina Abramovic's Nude with Skeleton », *in Journal of Dramatic Theory and Criticism*, vol. 27, 2012, p. 109-123.

Le principe de respect de la dignité humaine implique de préserver l'humanité de la personne, ce qui interdit de la traiter comme objet. Alors que certaines performances, comme lors du dîner au MoCA, requièrent des modèles immobiles et silencieux, semblables à des objets inanimés, il est permis de se demander si le caractère humiliant voire déshumanisant pour les modèles de telles mises en scène peut empêcher une relation de travail.

Pour répondre à cette question, nous pouvons nous référer au statut des mannequins qui, puisqu'ils doivent présenter un produit commercial à l'aide de leur corps[352], sont également dans une certaine mesure objectifiés. Ils se distinguent d'ailleurs de l'artiste-interprète précisément par l'absence d'interprétation[353] : le mannequin ne devrait montrer aucune trace de sa personnalité, mais se contenter d'apporter sa présence physique. Puisqu'il ne laisse pas transparaître sa personnalité – donc ce qui fait de lui une personne – il nous est possible d'arguer que le corps du mannequin est réifié et ce, par définition, dans un but commercial. Pourtant les mannequins bénéficient, par présomption, d'un contrat de travail dont personne ne songerait à contester la validité. Ainsi, le seul fait d'être symboliquement utilisé comme un objet ne porte pas une atteinte à la dignité humaine qui serait de nature à empêcher une relation de travail.

2. La réification littérale du corps-interprète

En revanche, il peut être interdit d'utiliser le corps, non pas seulement symboliquement, mais concrètement, comme un objet. Il en est ainsi de l'affaire du « lancer de nains »[354], dans laquelle le Conseil d'État a confirmé l'interdiction d'un spectacle dans laquelle une personne atteinte de nanisme se produisait en se laissant « lancer ». Dans cette affaire, le commissaire du gouvernement relève que le nain, lancé avec violence par les participants, « se trouve ainsi traitée comme un simple projectile, c'est-à-dire rabaissée au rang d'objet »[355]. Contrairement

---

[352] Art. L. 7123-2 code du travail : « Est considérée comme exerçant une activité de mannequin, même si cette activité n'est exercée qu'à titre occasionnel, toute personne qui est chargée :

1° Soit de présenter au public, directement ou indirectement par reproduction de son image sur tout support visuel ou audiovisuel, un produit, un service ou un message publicitaire ;

2° Soit de poser comme modèle, avec ou sans utilisation ultérieure de son image. »

V. G de Poix, « Statut du mannequin », *in Legicom*, vol. 3, n° 9, 1995, p. 11.

[353] V. Cass. soc., 10 février 1998, n° 95-43.510. Question importante pour les acteurs de clip publicitaire, qui peuvent être qualifiés de mannequins ou d'artistes-interprètes selon leur degré d'implication.

[354] V. *supra* p. 84 les développements autour de la décision « Morsang-sur-Orge » du Conseil d'État.

V. aussi E. Mazuyer, « Le corps et le droit du travail : au cœur d'un paradoxe », *in La Revue des droits de l'homme*, n° 8, 2015, qui cite l'affaire pour arguer de l'indisponibilité du corps du salarié au travail.

[355] P. Frydman, « Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 27 octobre 1995 (2 espèces), 1) Commune de Morsang-sur-Orge. 2) Ville d'Aix-en-Provence » *in RFDA*, 1995 p. 1204, point V.

aux mannequins qui remplissent un rôle passif mais distinctement humain, la personne lancée remplit la fonction d'un projectile et est donc concrètement utilisée comme un objet.

Cette atteinte à la dignité humaine prohibe bien la relation de travail. La juridiction a ainsi considéré que l'atteinte à la dignité n'était pas de nature à être excusée par le principe de liberté du travail. D'une part, les conclusions du commissaire du gouvernement relèvent que l'existence d'un échange économique contrevenait au principe qui place la dignité de la personne humaine hors commerce. De plus, toujours selon ces conclusions, le fait que l'activité du « lancer de nains » s'effectuait dans le cadre d'une relation salariée était, au contraire, de nature à aggraver l'atteinte portée à la dignité plutôt qu'à l'atténuer[356]. Le raisonnement du commissaire du gouvernement se place ici explicitement « sur un plan moral », plan sur lequel il semble considérer qu'il serait plus dégradant d'accepter de se laisser lancer contre une rémunération qu'à titre gratuit.

Ce raisonnement nous paraît contestable en ce qu'il ne prend en compte qu'un point de vue extérieur à la personne salariée pour être « lancée ». Certes, la décision se place du point de vue de la société, voire de l'humanité entière ; c'est la raison pour laquelle elle ne considère pas que le consentement de la personne « lancée » justifie l'humiliation à laquelle est soumise. Il s'agit, pour le Conseil d'État, de protéger l'humanité même contre la volonté des individus particuliers – objectif qui a pu être critiqué comme faisant preuve d'un certain moralisme[357]. Cependant, même si on accepte cet objectif, on peut encore contester la position du commissaire du gouvernement en ce qu'il estime que l'existence d'une rémunération aggrave l'atteinte à la dignité. En suivant son raisonnement, si une personne acceptait de se faire lancer à titre gratuit (poussée par une motivation désintéressée, par exemple pour réaliser une œuvre d'art), cela pourrait être considéré comme une atteinte moindre à la dignité humaine en général. En effet, l'échange économique, à l'inverse de la gratuité, peut impliquer qu'il est possible d'humilier une personne en échange d'une somme d'argent. Toutefois, du point de vue de l'employé lui-même, la gratuité constituerait une plus grande atteinte à sa propre dignité car le fait de se faire lancer sans contrepartie le placerait davantage dans une situation d'exploitation. De plus,

[356] *Ibid*., point VI : « Enfin, la circonstance que la participation de l'intéressé aux spectacles incriminés donne lieu au versement d'un salaire ne nous paraît nullement de nature – nous serions tentés d'ajouter au contraire – à infléchir cette conclusion (la nécessité d'interdire l'événement). De par sa nature même, la dignité de la personne humaine doit en effet être placée hors commerce et, sur un plan moral, nous croyons précisément pouvoir déceler, pour notre part, une circonstance aggravante, plutôt qu'atténuante, dans le fait qu'une personne acceptant de se prêter à une attraction à caractère dégradant le fasse à titre de prestation rémunérée dans le cadre d'une exploitation commerciale. »

[357] V. entre autres O. Cayla, « Le coup d'État de droit ? », *in Le Débat*, n° 100, 1998, p. 108-133.

d'autres emplois peuvent, dans une certaine mesure, être dégradants – la profession de modèle évoquée plus haut peut en constituer un exemple – sans pour autant être interdits. Il ne nous semble donc pas justifié de considérer que l'échange économique aggrave l'atteinte à la dignité.

3. L'appréciation contextuelle de la réification du corps-interprète

Le spectacle de « lancer de nain » ne conduit pas uniquement à traiter l'employé comme un objet. L'atteinte à la dignité humaine résulte aussi de trois facteurs aggravants, relevés dans les conclusions du commissaire du gouvernement. Ces facteurs tiennent au contexte de la manifestation ; il s'agit de la présence du public, du message discriminatoire du spectacle et des circonstances concrètes de son organisation. Cette prise en compte de l'environnement et des motivations de la manifestation permet de penser qu'une performance d'art corporel n'encourrait pas forcément la même prohibition, même si elle consistait en des actions objectivement similaires à celles du « lancer de nains ».

Un premier élément qui accentue l'atteinte à la dignité du « lancer de nains » tient à ce qu'une telle situation est exposée en public. Comme l'illustrent les conclusions du commissaire du gouvernement[358], l'atteinte à la dignité serait constituée du fait que l'humiliation ne concerne alors pas uniquement les travailleurs, mais touche aussi les spectateurs. De plus, l'attraction du « lancer de nain » se distingue par un message qui est lui-même contraire à la valeur de dignité humaine en proposant de lancer spécifiquement une personne naine. En traitant le handicap comme un ressort de divertissement, la manifestation contrevenait non seulement à la dignité humaine des employés concernés (les personnes lancées) mais également plus largement de l'ensemble des personnes atteintes de nanisme[359]. Enfin, le commissaire du gouvernement examine le « contexte concret » de la manifestation et relève que celui-ci s'avère particulièrement indécent du fait, notamment, de son organisation dans une discothèque[360].

L'art corporel, en ce qu'il constitue aussi une forme de spectacle, semble aussi concerné par le caractère public de la relation de travail exposée. Toutefois, et contrairement au lancer de nains,

---

[358] *Ibid.,* point V : « Du reste, on pourrait être tenté de se demander si une attraction aussi méprisable que le lancer de nains ne porte pas, à la vérité, tout autant atteinte à la dignité des spectateurs qui y participent ou y assistent qu'à celle des nains eux-mêmes... ».

[359] I*bid.,* point V.

[360] *Ibid.,* point V : « Ceux-ci [les spectacles de « lancer de nains »] sont, en effet, habituellement organisés dans des *discothèques* à forte capacité, où les clients, plus ou moins ivres, sont invités à projeter le nain à la chaîne en s'en saisissant par une poignée à la manière d'une vulgaire valise - tous éléments qui ne manquent pas d'aggraver encore, à nos yeux, le caractère scandaleux de cette attraction »

il implique a priori une autoréflexion sur la situation dégradante dans laquelle il plonge la personne concernée. Or, le message que fait passer la manifestation est bien pris en compte. De plus, les conditions dans lesquelles se déroulent, en général, des performances artistiques sont très différentes de celles du « lancer de nains » : elles ont lieu dans des musées, galeries d'art ou salles de spectacle dans une atmosphère respectueuse de l'œuvre et ne sont pas présentées comme de simples divertissements.

Cela nous permet ainsi de penser que des actions semblables au « lancer de nains » mais effectuées au nom de la création artistique seraient considérées comme moins dégradantes, du fait de leur message et du contexte concret de leur présentation au public. Il est impossible de savoir si les performances d'art corporel seraient, en général, suffisamment « moins dégradantes » pour ne pas constituer une atteinte à la dignité. Toutefois, les motifs d'une action et ses conditions de mise en œuvre sont prises en compte ; il n'y a donc pas d'interdiction automatique des œuvres utilisant des interprètes même si ces dernières tendent à une réification du corps humain.

Paragraphe 2. L'art de la prostitution

Alors qu'il existe une certaine curiosité du monde de l'art contemporain pour la prostitution[361], ce sujet s'avère particulièrement intéressant lorsqu'il est mis en relation avec l'art corporel. En effet, il peut exister des points de comparaison entre l'art corporel et la prostitution dans une certaine utilisation radicale de son corps. Ce parallélisme entre activités artistique et prostitutionnelle est particulièrement mis en valeur dans la performance *Role exchange* de Marina Abramovic, datant de 1975. Lors de cette performance, l'artiste a échangé pendant quatre heures sa place avec Suze, une prostituée exerçant à Amsterdam dans une vitrine du « quartier rouge ». Pendant que Marina Abramovic prenait sa place dans la vitrine, Suze assistait au vernissage d'une exposition d'Abramovic.

Si Marina Abramovic, en prenant la place de la prostituée, compare l'art corporel et la prostitution, d'autres artistes adoptent une démarche plus radicale que la simple comparaison

[361] V. notamment le numéro spécial de la revue d'art contemporain *ArtPress2*, n° 35, « La prostitution : théorie, pratique, illustration », 2014-2015.

en se prostituant au nom de l'art. Cette pratique extrême de la performance constitue ainsi un usage direct du corps et de l'intimité de l'artiste dont les relations sexuelles tarifées constituent l'œuvre. D'un point de vue juridique, ces œuvres posent, certes, la question de l'encadrement de telles relations (A) mais elles permettent aussi d'interroger, assez fondamentalement, le concept d'autonomie personnelle sous l'angle, particulièrement fructueux, de la prostitution (B).

A. La prostitution de l'artiste face au droit

Alberto Sorbelli, artiste italien, est à l'origine de performances où il se travestit en femme et se prostitue dans des lieux d'art ou dans la rue. Au cours de ces actions, il se prostitue véritablement, d'ailleurs auprès de clients qui ne sont pas toujours au fait de sa démarche artistique.

Andrea Fraser est une artiste américaine à l'origine de la performance *Untitled*, en 2003. L'artiste, en collaboration avec sa galerie, mit en vente sur le marché de l'art une relation sexuelle avec elle. Elle vendit ainsi cette « œuvre » à un collectionneur pour la somme de 20.000 dollars américains (somme partagée entre l'artiste et sa galerie). La rencontre entre Andrea Fraser et le collectionneur, qui eut lieu dans un hôtel new-yorkais, fut filmée avec une caméra fixe. Cette captation fut ensuite diffusée dans la galerie et cinq tirages furent mis en circulation sur le marché de l'art.

Dans les œuvres citées, les artistes se trouvent parfois sciemment dans l'illégalité. Alberto Sorbelli est ainsi régulièrement arrêté. L'artiste, dans ce cas précis, détourne les interdictions posées par le droit en les réintégrant à son art. La performance est à ses yeux constituée à la fois de ses actions, et des conséquences, y compris juridiques, que celles-ci peuvent entraîner : les réactions des spectateurs, l'intervention éventuelle des forces de l'ordre, les poursuites judiciaires auxquelles il peut être confronté, etc. Dans l'une de ses œuvres réalisées en 2004, intitulée *Tentative de rapport avec la société*, se retrouvaient ainsi des traces de ses performances et notamment les documents témoignant de ses arrestations : procès-verbaux, minutes des procès, etc. Quant à Andrea Fraser, la réalisation de son œuvre *Untitled* était illicite

car l'État de New-York pénalise la prostitution[362] – bien que les participants auraient dans ce cas pu arguer que leur échange concernait une œuvre d'art et non pas un service sexuel.

La France est un pays ayant adopté une vision « prohibitionniste » de la prostitution, la jugeant contraire à la dignité humaine sans pourtant l'interdire ni la réguler. Les règles de droit qui s'y appliquent sont donc assez ambiguës, oscillant entre reconnaissance de l'activité (en droit fiscal notamment) et répression (en l'occurrence, répression du client en droit pénal)[363].

Quant à une éventuelle condamnation de la prostitution au niveau européen au nom des droits fondamentaux, la CEDH se montre, à cet égard, extrêmement frileuse, relevant dans l'arrêt V.T. c. France[364] qu'il existe des conceptions nationales très différentes au sein des États membres du Conseil de l'Europe[365]. Elle affirme bien que la prostitution forcée constitue un traitement inhumain mais ne souhaite pas se prononcer sur la prostitution en général[366].

Des œuvres impliquant la prostitution de l'artiste seraient possibles en France puisque l'activité elle-même n'y est pas interdite. Cependant, étant donné que la législation française réprime l'environnement de la prostitution, les éventuels clients peuvent être pénalisés. De plus le droit pénal français se montre très strict sur la répression du proxénétisme[367]. Une œuvre comme

---

[362] V. la section 230 du code pénal de l'État de New-York : « *A person is guilty of prostitution when such person engages or agrees or offers to engage in sexual conduct with another person in return for a fee. Prostitution is a class B Misdemeanor.* »

[363] V. pour une approche critique de cette organisation : S.-M. Maffesoli, « Le traitement juridique de la prostitution », *in Sociétés,* vol. 1, n° 99, 2008, p. 33-46.

On peut noter, dans les développements récents de la législation encadrant la prostitution, l'introduction en 2016 d'un article 225-12-1 du code pénal qui pénalise le recours à la prostitution, dans l'objectif abolitionniste que la France s'est fixé. Plusieurs auteurs soulignent l'ambiguïté de cette règle de droit, qui prohibe le recours à la prostitution sans interdire l'activité elle-même. Par exemple, pour une analyse de cette réforme sous l'angle du droit des contrats, v. A. Quesne, « Le contrat de prostitution : entre ombre et lumière », *in Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 15, 2017, p. 65-75 ; pour une analyse en droit pénal, v. C. Eloi. « Les hésitations du droit français sur la prostitution des majeurs. Étude à l'occasion de la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel (AN n° 1437) », *in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* vol. 4, n° 4, 2015, p. 813-825.

[364] CEDH, 11 septembre 2007, V. T. c. France, n° 37194/02. La requérante s'estimait forcée par l'État français à poursuivre son activité prostitutionnelle pour pouvoir financer ses impayés de cotisation à l'URSAFF et se prévalait donc d'une violation de l'article 3 de la Convention. Le moyen a été rejeté par la Cour.

[365] Point 24 de l'arrêt ci-dessus.

[366] Donc contraire à l'article 3 de la Convention (point 25 de l'arrêt ci-dessus).

[367] L'article 225-5 du code pénal dispose que : « Le proxénétisme est le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit : 1° D'aider, d'assister ou de protéger la prostitution d'autrui ; 2° De tirer profit de la prostitution d'autrui, d'en partager les produits ou de recevoir des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution ; 3° D'embaucher, d'entraîner ou de détourner une personne en vue de la prostitution ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle se prostitue ou continue à le faire. »

celle d'Andrea Fraser – que la galerie a commercialisée et dont elle a partagé les profits – mettrait donc l'intermédiaire dans une position de proxénète[368].

B. Le droit face au corps prostitué

Finalement, il est moins intéressant ici de savoir quels traitements juridique et judiciaire seraient réservés à ces œuvres, que de s'interroger sur ce qu'elles font voir des règles de droit concernant la prostitution mais aussi concernant plus généralement l'encadrement juridique du corps.

Les œuvres d'art précitées, comme toute activité prostitutionnelle, nous paraissent entraîner assez évidemment une réification du corps de la personne prostituée. Andrea Fraser et Alberto Sorbelli se présentent comme des objets de désir (qui plus est dans l'espace public pour Sorbelli) et mettent en vente des services sexuels dont la réalisation nécessite l'accès à leurs corps. Tout le paradoxe ici est que les artistes se soumettent volontairement à ce processus « d'auto-objectification » et que celle-ci s'accompagne d'une posture active d'« agentivité sexuelle »[369] puisqu'ils sont aussi des sujets créateurs. Ces deux derniers artistes procèdent ainsi à un renversement des discours identifiant de manière systématique la personne prostituée à une personne dénuée d'autonomie. Ici, c'est bien de son propre gré que l'artiste se prostitue, à travers une démarche consciente et même fortement intellectualisée. De la sorte est opérée, à travers l'art corporel, une réflexion sur l'autonomie personnelle, poussée ici à son paroxysme. S'il y a bien réification du corps à travers les performances impliquant la prostitution, cette réification est volontaire et assumée. Une telle « auto-objectification » s'accompagne en outre, dans les deux cas cités, d'un discours critique, bien que celui-ci ne soit pas unifié – alors que Fraser entend dénoncer de manière ciblée la place des artistes femmes sur le marché de l'art, la réflexion de Sorbelli, plus diffuse, s'opère à l'encontre de la répression des libertés sexuelles.

---

[368] A noter que le propos de Fraser n'était pas précisément de tracer un parallèle entre marchand d'art et proxénète.

[369] Ces deux expressions sont utilisées par J. Lavigne, « Le service sexuel comme « service artistique » : la dissolution du sexe pour une éthique minimale du travail du sexe » *in Les ateliers de l'éthique*, vol. 7(1), 2012, p. 4–23. J. Lavigne se sert de *Untitled* d'Andrea Fraser et l'analyse notamment au prisme des écrits de la philosophe américaine Martha Nussbaum pour établir un parallèle entre les activités salariées habituelles, la création artistique et la prostitution. Elle émet alors l'argument que le travail de Fraser est une illustration du fait qu'il ne devrait pas exister - juridiquement notamment - de traitement particulier du travail sexuel.

Ces œuvres renvoient donc l'une et l'autre en filigrane à la question du consentement quant à la pratique de la prostitution. Or, le débat théorique apparaît profondément divisé sur le sujet[370] : d'un côté, les partisans du « consentement impossible » estiment que le consentement de la prostituée est toujours vicié compte tenu de ses conditions d'élaboration – il serait toujours poussé par la détresse psychologique ou économique, la coercition ou la violence sexuelle[371]. De l'autre, une analyse libérale conduit à retenir un modèle contractuel pour le consentement en matière de prostitution[372]. Enfin, une dernière position recourt à la notion de dignité humaine pour dépasser la question du consentement : même si la personne prostituée consentait librement à offrir des services sexuels pour une certaine somme d'argent, ce consentement n'aurait aucune validité car la prostitution serait, de façon inhérente, une activité pourtant atteinte à la dignité humaine – et devrait en conséquence être prohibée[373].

La question de l'intégrité du consentement n'est pas inédite pour les juristes qui y sont confrontés en droit de la consommation, droit médical, droit du travail, etc. : le consentement est toujours influencé par le contexte dans lequel il est donné et traduit parfois des rapports de pouvoir inégaux. Ainsi, des dispositifs tels que les obligations d'information ou les clauses abusives en droit de la consommation sont destinées à minimiser les conséquences d'une asymétrie de pouvoir et d'information entre les parties. Il en est de même pour le contrat de travail qui met en relation deux parties dont l'une (l'employé) est dans une situation de dépendance économique par rapport à l'autre (l'employeur)[374]. C'est pourquoi ce contrat est strictement encadré par un droit du travail d'ordre public.

---

[370] Ce débat dépasse aussi largement le milieu juridique et universitaire. Il est par exemple très virulent dans le milieu associatif, où des organisation prohibitionnistes qui considèrent les personnes prostituées comme des victimes qui peuvent avoir besoin d'une aide pour quitter la prostitution (par exemple le Mouvement du Nid) s'opposent à d'autres mouvements revendiquant l'autonomie des « travailleurs et travailleuses du sexe » et demandent de meilleures conditions de travail passant par la dépénalisation des activités afférentes à la prostitution (c'est en particulier le cas du syndicat du travail sexuel, le STRASS).

[371] Une telle position sceptique par rapport au consentement est exprimée par M. Marzano, *Je consens donc je suis…*, PUF, 2006, en particulier p. 145 et s.

[372] Un modèle contractuel pour l'analyse de la prostitution peut être revendiqué au nom de la liberté sexuelle, comme c'est par exemple le cas pour D. Borillo, « Liberté érotique et "exception sexuelle" », *in* D. Borillo et D. Lochak (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 55 et s.

Dans une perspective féministe, cette revendication peut reposer sur des principes tels que l'autonomie des femmes et leur droit à disposer de leur corps : v. M. Iacub, C. Millet et C. Robbe-Grillet, « Ni coupables, ni victimes : libres de se prostituer », *in Le Monde*, 8 janvier 2002.

[373] En ce sens, notamment M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *in D.*, 2008, p. 31 et « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme » *in D.*, 2005, p. 2973.

[374] Cette asymétrie est notamment étudiée par les économistes qui s'intéressent au marché du travail et a été repérée par Smith dès le XVIIIe siècle. V. par exemple, J. Vercherand, *Le marché du travail : L'esprit libéral et la revanche du politique,* Peter Lang, 2017.

Ainsi, dans le cas des personnes prostituées comme dans celui des travailleurs, le consentement n'est pas purement autonome puisqu'il est motivé par des besoins économiques. Nous pouvons donc nous demander pourquoi la question de la prostitution fait spécifiquement débat. Tout d'abord, il faut relever que la prostitution établit un rapport plus direct au corps. Par exemple, pour la philosophe américaine Carole Paterman, le contrat de prostitution ne peut être assimilé à un contrat de travail habituel, précisément en raison de sa proximité au corps[375]. La prostitution représente effectivement un degré plus immédiat de commercialisation du corps puisqu'il s'agit de l'achat direct de l'accès physique au corps de la personne prostituée qui, au contraire d'autres activités, ne peut être aisément mis à distance par des notions telles que la force de travail ou le savoir-faire du travailleur. Toutefois, loin de justifier une différence radicale entre la prostitution et le travail salarié classique, ce constat permet précisément d'interroger les apories de ces notions : la force de travail ne se détache, en fait, pas plus du corps du salarié que la prestation sexuelle de la prostituée ne se détache du sien. Ainsi, comme Carole Paterman d'ailleurs en convient[376], la force de travail est une fiction et la différence entre la prostitution et d'autres activités relève d'un degré différent d'implication du corps dans la relation de travail mais non d'une différence de nature – toute relation de travail impliquant *in fine* la mobilisation du corps du travailleur. S'il ne s'agit alors que d'une question de degré de séparabilité entre la prestation qui fait l'objet de l'échange marchand et le corps de la personne[377], la question demeure : pourquoi la limite de l'acceptable est-elle souvent posée au niveau de la prostitution ? Qu'est-ce qui, dans le contrat de prostitution, pose un problème particulier ?

Si le seul rapport à la corporéité ne nous paraît pas justifier un traitement dérogatoire de la prostitution, qu'en est-il du rapport que cette activité entretient à la sexualité, et notamment à

---

[375] C. Paterman, *Le contrat sexuel*, La Découverte, 2010, p. 261 et s.

[376] *Ibid.*

[377] D'ailleurs, la philosophe S. M. Okin relève, dans une critique de l'ouvrage de C. Paterman (S. M. Okin, « Feminism, the Individual, and Contract Theory », *in Ethics*, vol. 100, n° 3, 1990, p. 658-669), qu'il est tout à fait possible de se demander pourquoi ce critère de « séparabilité » est mis en avant pour distinguer les contrats légitimes de ceux qui ne le sont pas, plutôt que d'autres indicateurs par exemple le degré d'inégalité des rapports de domination et d'exploitation. Ainsi, elle relève : « Il serait extrêmement difficile, à mon avis, de soutenir que la personnalité [*self*] d'un mineur sud-africain ou d'une domestique à demeure est moins violée par les conditions de son travail que la personnalité [*self*] d'une prostituée d'Amsterdam » (p. 667, traduction libre de l'anglais).

la sexualité féminine[378] – la majorité des personnes qui se prostituent étant des femmes[379] ? D'une part, les femmes tendent à être dans des situations économiquement plus précaires que les hommes et, d'autre part, il pourrait être structurellement plus difficile pour elles de faire des choix autonomes dans un environnement de domination masculine. Certaines théoriciennes féministes ont ainsi pu souligner la difficulté, ou même l'impossibilité, pour les femmes de faire des choix réellement libres, en particulier concernant leur sexualité. Pour certaines auteures qui rappellent que « céder n'est pas consentir »[380], les femmes, en tant que groupe dominé, ne peuvent donner un consentement, et en particulier un consentement sexuel, qui ne reflète pas cette situation de domination. La prostitution ne pourrait alors jamais être un choix libre puisqu'il serait toujours contraint par un contexte de domination dans lequel les corps des femmes se trouvent mis au service de la sexualité des hommes[381].

Si ces théories font preuve d'une grande cohérence interne, leur point de vue ne peut être adopté sans nier toute possibilité d'autonomie pour les femmes en général et, pour ce qui nous concerne, pour les femmes prostituées – ce qui ne nous paraît pas souhaitable. D'une part, il faudrait admettre que le consentement des femmes est plus fragile par rapport à celui d'autres groupes dominés, comme les travailleurs pauvres. Or, il est impossible d'établir une telle hiérarchie. Comme nous le montrent par exemple les œuvres, évoquées plus haut, de Santiago Sierra, certains travailleurs peuvent accepter des travaux physiques harassants pour une contrepartie dérisoire par désespoir économique[382] alors qu'il existe des personnes qui font le choix de se prostituer de façon aussi libre de possible, comme dans les œuvres d'art corporel d'Alberto Sorbelli et Andrea Fraser. D'autre part, il nous semble qu'une position

[378] La préoccupation particulière dont fait l'objet la sexualité féminine est soulignée par P. Bourdieu, « Le corps et le sacré », *in Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 104, 1994, p. 2 : « Comme l'atteste le stigmate qui frappe encore la prostituée, l'amour vénal est le sacrilège par excellence, en tant que vente du corps et commerce de ce qu'il recèle de plus sacré : le sexe de la femme est en effet socialement constitué en objet sacré, soumis, conformément à l'analyse durkheimienne, à des règles strictes d'évitement ou d'accès […]. »

[379] En France, 85% des personnes prostituées seraient des femmes selon l'étude ProstCost menée par le Mouvement du Nid et la société Psytel, publiée en mai 2015.

[380] Selon le titre d'un célèbre article de l'anthropologue N.-C. Mathieu, « Quand céder n'est pas consentir », in N.-C. Mathieu, *L'anatomie politique, catégorisations et idéologies du sexe*, Editions Côté-femmes,1991, p. 131-225. L'anthropologue y critique la perception d'autres scientifiques, notamment des hommes, qui voient une limite claire entre relation sexuelle consentie et viol lorsque la situation des populations étudiées est souvent bien plus complexe puisque l'organisation patriarcale d'une société peut pousser les femmes à accepter des relations sexuelles même contre leur volonté.

[381] V. en particulier les écrits de la juriste américaine et figure fondatrice du féminisme radical C. Mackinnon. Par exemple, C. Mackinnon et B. de Gasquet. « Sexuality », *in Raisons politiques*, vol. 46, n° 2, 2012, p. 101-130.

[382] Par exemple, en 2002, Santiago Sierra a employé, en Espagne, des migrants africains pour réaliser l'œuvre *3000 Huecos*. Les ouvriers étaient chargés d'un travail sans aucune utilité pratique : creuser, sans aucune aide mécanique, 3000 trous de même taille, alignés horizontalement et verticalement. Ils étaient, pour cela, rémunérés au salaire minimum espagnol (54 euros pour une journée de huit heures de travail).

prohibitionniste conduit à une situation peu désirable[383]. Il existe des raisons pragmatiques pour s'opposer à une prohibition de la prostitution : des règles interdisant cette activité ne permettraient pas de l'éradiquer à court terme et ne feraient que renvoyer les personnes qui l'exercent vers des situations plus précaires. De plus, ces raisons se doublent d'une position de principe : on ne pas présumer qu'une catégorie entière de la population est dénuée d'autonomie au risque de priver aussi ces personnes de possibilités d'émancipation.

L'inutilité d'invoquer, à propos de la prostitution, des principes juridiques trop généraux tels que la dignité humaine est illustrée par Olivier Cayla qui souligne que ce dernier principe peut être utilisé pour justifier des politiques publiques strictement opposées[384]. En conséquence, il s'agirait, sans prohiber mais en tenant compte des difficultés spécifiques auxquelles les personnes prostituées peuvent faire face, de mettre en place des règles juridiques ponctuelles pour protéger les prostituées en leur garantissant les meilleures conditions possibles dans l'exercice de cette activité[385].

*

[383] Évidemment, cela n'exclut pas que des règles de droits doivent assurer la répression de la prostitution forcée et la protection de ses victimes.

[384] O. Cayla, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *in Le Monde*, 31 janvier 2003, p. 14 : « Par exemple, selon l'acception commune, le respect de la dignité commande de ne jamais instrumentaliser la personne humaine : aussi, l'un des cas les plus flagrants d'atteinte à cette dignité apparaît-il à beaucoup comme étant celui de la prostitution, que la loi pénale devrait par conséquent prohiber, même lorsqu'elle est librement consentie et pratiquée dans l'indépendance. Mais les avis diffèrent sur le point de savoir qui est le coupable de cette "chosification" de la personne.

Pour les uns, il s'agit du client, qui exploite la détresse économique de la prostituée et l'asservit à la satisfaction unilatérale de son désir. Pour d'autres, c'est plutôt la prostituée elle-même que la loi doit condamner, puisque, par sa libre décision de se vendre, elle apparaît comme l'auteur de la dégradation de l'humanité dont elle est porteuse sans en être propriétaire. Bien entendu, le partisan de la liberté de se prostituer n'est pas en reste non plus dans la déférence envers la dignité, mais il interprète ce concept en sens inverse : dénier à la prostituée, majeure et consentante, toute capacité de jugement pour apprécier par elle-même ce qui est ou non à la hauteur de sa propre dignité revient à douter de sa maturité et de sa conscience, et donc à contester sa qualité de personne autonome, avec la dignité qui s'y attache.

Du même argument de la dignité découlent donc toutes les attitudes normatives possibles. »

[385] D. Roman, « A corps défendant, La protection de l'individu contre lui-même », *in D.*, 2007, p. 1284 propose par exemple un « modèle fraternel » qui ne pose pas d'interdiction mais se soucie de s'assurer de l'autodétermination entre autres des personnes prostituées.

V. aussi D. Borillo, « Liberté érotique et "exception sexuelle" », *in* D. Borillo et D. Lochak (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 55 et s.

La dignité humaine est la principale notion qui intervient pour prévenir la réification du corps humain. En principe, elle s'oppose frontalement à une telle réification. Cependant, ce principe fort reste peu utilisé et, même lorsqu'il est appliqué, il laisse une place importante à la liberté de disposer de son corps. Lorsque la dignité humaine est mobilisée pour prévenir des spectacles ou des expositions dans des domaines adjacents à l'art corporel, il s'agit de situations très particulières telles qu'une exposition de cadavres « plastinés » ou un spectacle de « lancer de nains » dégradant pour les personnes handicapées. Il n'y a pas de prohibition automatique de l'utilisation du corps humain au nom du respect de la dignité et il n'existe pas non plus de critère absolu qui permettrait de caractériser une utilisation irrespectueuse du corps. L'éventuelle atteinte à la dignité humaine dépend du contexte et des conditions concrètes dans lesquelles le corps humain a été utilisé et montré au public.

Cette prise en compte du contexte d'une manifestation dessine finalement une distinction entre l'objectif artistique (ou éventuellement scientifique) et le divertissement. En plus de constituer une justification moins « vertueuse » de l'utilisation du corps humain, un divertissement a tendance à mettre en avant le caractère spectaculaire ou sensationnel du corps et peut, ainsi, être peu respectueux du corps. Il n'existe certes pas de limite fixe entre art et divertissement, mais cette distinction constitue une ligne directrice que les quelques décisions concernant la dignité humaine tendent à mettre en œuvre sous différentes formes. En conséquence, il nous est possible de penser que la plupart des œuvres d'art corporel – domaine reconnu comme une forme légitime d'expression artistique et intégré aux circuits institutionnels du monde de l'art – seraient moins susceptibles d'être considérées comme portant atteinte à la dignité humaine.

Enfin, si les relations contractuelles donnant directement une valeur patrimoniale au corps sont prohibées, les œuvres d'art corporel ne manquent en fait pas de cadres juridiques sur lesquels prendre modèle, notamment les relations de travail et la prostitution, qui permettent de fonder des échanges (et en particulier des échanges économiques) ayant pour objet le corps de l'artiste ou celui d'autrui.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

A l'issue de ce premier titre, deux conclusions émergent. En premier lieu, en réponse à la question de savoir si l'autonomie personnelle peut servir de justification à la création d'œuvres corporelles, nous proposons d'apporter une réponse plutôt négative. Le principe d'autonomie personnelle renvoie en effet à un champ d'application assez restreint, la plus importante de ces restrictions étant qu'il ne s'applique pleinement que dans le rapport de soi à soi.

Ainsi, alors même que la notion d'autonomie personnelle est en vogue et qu'elle tend à s'étendre, il est impossible d'affirmer à ce jour qu'elle fonde le droit de créer à partir de son propre corps, dans la mesure où ces créations ont vocation à être présentées au public, ou de manière plus large à faire l'objet d'interactions avec des personnes extérieures à l'artiste.

Pour autant, il ne peut être raisonnablement soutenu que le processus de création artistique ferait l'objet de nombreuses restrictions, notamment relatives au principe du respect de la dignité de la personne humaine. Encore peu appliqué par les juridictions, ce principe fonde, à titre d'exemple, très peu d'interdictions d'expositions ou performances. Nous nous situons ainsi dans un espace juridique au sein duquel il n'existe pas de droit à créer à partir de son propre corps, mais où il existe aussi, *de facto*, une certaine liberté en ce sens.

En second lieu, ces œuvres d'art poussent à leur paroxysme des problématiques juridiques et éthiques très discutées. À l'issue de ce premier titre, nous pourrons retenir en premier lieu que les artistes qui poussent à leur comble des situations d'exploitation ou *a contrario* mettent en lumière l'autonomisation de la personne apportent un éclairage nouveau sur le débat, devenu traditionnel, entre autonomie et dignité[386]. Comme le note l'historienne de l'art Claire Bishop, ces gestes artistiques transgressifs offrent « une forme de connaissance alternative sur la marchandisation capitaliste de l'individu »[387]. Ainsi, comment pourrait-on soutenir qu'Andrea

[386] Il faut toutefois souligner que, selon certains auteurs, aucune opposition entre dignité humaine et autonomie de la personne ne saurait être retenue, les deux notions ne pouvant être placées sur le même plan. Ainsi, B. Mathieu (« De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », *in Dalloz*, 2005, p. 1649) estime que la dignité humaine, de par son caractère fondamental, ne saurait être mise en balance avec d'autres droits. V. aussi V. aussi M. Fabre-Magnan, « La dignité en Droit : un axiome » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* vol. 58, 2007, p. 1-30.

[387] C. Bishop, « Delegated Performance: Outsourcing Authenticity », *in October*, n° 140, 2012, p. 111 (traduction libre de l'anglais).

Fraser n’est pas autonome lorsqu’elle vend ses services sexuels, ou à l’inverse que les ouvriers tatoués par Santiago Sierra le sont ?

En utilisant leur propre corps ou même celui d’autrui de façon extrême, les artistes corporels se placent dans une situation inédite. À travers l’adoption de ces pratiques artistiques extrêmes, ils nous poussent paradoxalement à développer une vision nuancée et modérée des débats traditionnels. Ainsi en examinant la manière dont le droit s’applique à ces œuvres et à ces situations insolites, de manière concrète, il est possible de développer une analyse plus nuancée sur des sujets souvent abordés à travers des prismes paradigmatiques rigides – à l’instar de la prostitution. Il devient ainsi envisageable de dépasser les « usages militants »[388] de certains concepts, tels la dignité humaine, au profit d’une approche plus riche car éclairée de ces expériences.

[388] L’expression est utilisée par C. Girard et S. Hennette-Vauchez dans leur ouvrage *La Dignité de la personne humaine,* PUF, 2005.

TITRE DEUXIEME – La liberté de l'art à l'épreuve du droit

Ainsi que nous l'avons relevé au précédent chapitre, bien que la liberté dans les possibilités d'usage du corps tende à s'élargir, l'art corporel ne peut trouver à se déployer en s'appuyant sur le fondement juridique d'une liberté qui serait tirée du statut du corps. Cela étant, ce même statut du corps ne pose pas de limites infranchissables à la réalisation d'œuvres d'art corporel, et, notamment, n'empêche pas certains mouvements de marchandisation du corps humain.

Une fois l'art corporel ainsi examiné à travers le prisme de l'encadrement juridique du corps humain, reste à aborder les œuvres corporelles sous l'angle de leur statut d'œuvres d'art. C'est à ce travail qu'est consacré le présent titre. L'utilisation du corps dans le cadre d'actions artistiques peut avoir une signification différente de son utilisation identique dans des circonstances plus habituelles. Ainsi, lorsque l'artiste Gina Pane s'automutile, il s'agit d'une réflexion sur la féminité et l'intimité qui diffère d'une automutilation pathologique. C'est cette idée d'une différence entre actions artistiques et actions communes, ou expressions artistiques et expressions communes, qui pourrait sous-tendre la notion d'une liberté artistique particulière et protégée par le droit.

L'artiste de performance peut-il s'appuyer sur une liberté de création qui protègerait toute œuvre d'art – donc toute œuvre d'art corporel ? Autrement dit, la liberté de création permet-elle la réalisation d'œuvres d'art corporel qui tendent, plus que d'autres œuvres d'art, à être choquantes, violentes ou obscènes ? Telle est la problématique qui anime les développements ci-dessous.

Après avoir examiné les différentes voies à travers lesquelles s'affirme aujourd'hui un principe de liberté de création artistique (chapitre 1), nous examinerons les obstacles que rencontre une telle affirmation, qui tiennent tant aux limitations intrinsèques à la liberté d'expression qu'à celles, extrinsèques, liées aux questions de dignité humaine (chapitre 2). Enfin, nous nous interrogerons sur la possibilité et la pertinence d'un renforcement de la liberté de création à travers la mise en place d'une exception artistique (chapitre 3).

CHAPITRE 1. UNE LIBERTE DE CREATION ARTISTIQUE AFFIRMEE

La notion de liberté de création artistique suppose un droit fondamental, protégé juridiquement, qui, selon une lecture stricte, permettraient aux artistes de produire des œuvres sans entraves ou restrictions extérieures. Ce principe est entré dans le droit français – pour la première fois de façon explicite – avec la loi relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine (LCAP) du 7 juillet 2016[389] faisant apparaître des doutes sur la nécessité ou le bien-fondé d'une reconnaissance législative tardive d'une protection spécifique de l'art, et suscitant des interrogations quant à la portée d'une telle protection. En effet, la nécessité d'une reconnaissance particulière de la liberté de création peut paraître douteuse dès lors qu'une liberté d'expression artistique est déjà déduite, par la jurisprudence de la CEDH, du droit à la liberté d'expression – l'expression artistique ne constituant ainsi qu'une modalité particulière d'expression. Sa portée, quant à elle, reste quelque peu incertaine du fait notamment de l'indétermination entourant la notion même de création artistique.

Il convient ainsi de s'interroger sur la création artistique dans l'art visuel contemporain et sur son indépendance pratique et conceptuelle par rapport notamment à la diffusion de l'œuvre, afin de cerner la portée de la liberté qui la protège (section 1). Il reste alors à savoir quels sont les fondements possibles de la protection d'une liberté de création ; or, cette notion est principalement abordée en droit français par le biais de la protection plus générale de la liberté d'expression, bien qu'une liberté de création protégée par un principe juridique indépendant pourrait se développer (section 2).

SECTION 1. La portée de la notion de création

Il peut être utile de s'attarder, préalablement à la question de la liberté de création et de la pertinence de son introduction en tant que norme juridique, sur la notion même de création.

[389] Loi n° 2016-925.

Nous nous intéresserons ici à la création artistique comme processus de production d'une œuvre d'art[390] et particulièrement à son articulation avec la diffusion de cette œuvre. Nous interrogerons donc la notion de création en tant que phase chronologiquement préliminaire à la diffusion d'une œuvre, indépendante et détachable de cette diffusion.

Or, il s'avère que cette vision traditionnelle de la création est largement mise à mal par les pratiques artistiques contemporaines comme par la théorie de l'art la plus récente (§1). De plus, la liberté de création semble conceptuellement difficile à isoler dans la perspective de sa protection juridique indépendante (§2).

Paragraphe 1. La remise en cause de la notion de création par l'art contemporain

La création serait, dans l'art traditionnel, une étape dans la réalisation d'une œuvre d'art, étape chronologiquement antérieure et distincte de sa diffusion publique. Ainsi, pour un peintre, la création correspondrait à l'élaboration du tableau, des premières idées aux esquisses puis aux dernières touches de peinture. L'œuvre une fois finie, la diffusion serait ensuite constituée par sa mise à disposition au public, *via* une exposition par exemple[391].

Toutefois, il est possible de remarquer dans l'art plus récent une revendication de la création comme aléatoire, automatique voire inconsciente (du surréalisme aux improvisations de John Cage), ce qui remet en cause la notion de création comme un processus issu uniquement de la volonté de l'artiste, comme un travail systématique de « mise en forme d'une pensée symbolique »[392].

Les évolutions des pratiques artistiques et en particulier celles entraînées par l'art contemporain interrogent l'existence même d'une phase de création de l'œuvre d'art, soit qu'il devienne

[390] Nous nous centrons ici sur les arts plastiques contemporains et l'art de performance qui posent des questions spécifiques. Si certaines de ces réflexions peuvent s'appliquer à d'autres domaines (la danse, la musique ou la création littéraire), ces domaines n'en constituent pas le point de départ.

[391] Il serait possible ici de faire appel, en matière juridique, au droit moral de divulgation reconnu en droit d'auteur (à l'art. 121-2 du CPI) qui permet à l'auteur de divulguer son œuvre auprès du public lorsqu'il l'aura choisi ou de ne pas la divulguer. Ce droit constitue une traduction juridique fidèle d'une conception traditionnelle de la création selon laquelle l'œuvre est d'abord créée et totalement finie avant d'être, éventuellement, diffusée auprès du public.

[392] L'expression est celle de M. Perrier, « Pour un geste du préalable, lorsque l'intention se fait forme » *in Appareil*, n° 8, 2011.

impossible de distinguer le processus de création de son résultat (A), soit que la création ait lieu simultanément à la diffusion de l'œuvre (B).

A. Superposition de la création et de son résultat

Les années 1960 voient émerger un art auto-réflexif qui s'interroge sur les limites et la définition de l'art et remet en cause, par une démarche théorique, la notion de création. Les artistes conceptuels proposent un art sans réalisation finale, dans lequel il serait virtuellement impossible de distinguer le processus de création de l'œuvre qui en résulte, dans la mesure où celle-ci n'est pas (ou quasiment pas) mise en forme. Ce mouvement artistique privilégie le concept sur l'objet. Il s'agit alors donner directement l'idée à voir au public sans forcément passer par une réalisation matérielle.

Ainsi, pour Sol Lewitt, artiste américain qui est l'un des fondateurs de ce mouvement, la phase de création intellectuelle de l'œuvre (idées, conversations autour du projet, prises de notes, esquisses, etc.) doit être privilégiée sur son incarnation physique[393]. Sol Lewitt réalise des sculptures et des peintures proches des œuvres de l'art minimal, utilisant des formes simples et des couleurs primaires, dont l'objectif est uniquement d'attirer l'attention du public sur l'idée qui les sous-tend. Pour lui, les détails matériels de ces œuvres n'ont pas d'importance par rapport la démarche artistique qu'elles réalisent. À titre d'exemple, ses *Wall Drawings* (réalisés à partir de 1968) sont des peintures faites de répétitions de motifs géométriques qui n'ont théoriquement pas de limites dans l'espace et peuvent donc, dans cette perspective, s'étendre à l'infini. D'ailleurs, parce que la matérialisation de l'œuvre (et l'apport personnel de l'artiste) importe peu par rapport au concept, la grande majorité de ces *Wall Drawings* n'ont pas été réalisés par Sol Lewitt mais par des assistants selon les directives énonçant l'idée de l'artiste[394].

[393] V. par exemple le « manifeste » de Sol Lewitt, figure prééminente de l'art conceptuel aux États-Unis. S. Lewitt, "Paragraphs on Conceptual Art" *in Artforum,* June 1967 : « Dans l'art conceptuel, l'idée ou le concept est l'aspect le plus important de l'œuvre. Lorsqu'un artiste utilise une forme d'art conceptuelle, cela signifie que toute la planification et les décisions sont prises à l'avance et que l'exécution est une affaire superficielle. L'idée devient une machine qui fait l'art. » (traduction libre de l'anglais)

[394] Par exemple, pour le *Wall Drawing #86* (1971), les instructions étaient de réaliser « Dix mille lignes d'environ 10 pouces (25 cm) de long, recouvrant uniformément le mur » (*"Ten thousand lines about 10 inches (25 cm) long, covering the wall evenly"*), laissant ainsi une grande liberté au dessinateur quant à l'aspect final de l'œuvre (en décidant de la direction des lignes, de la façon dont elles pourraient se croiser, etc.).

Poussant le raisonnement plus loin, d'autres artistes se passent tout à fait de la réalisation matérielle de l'œuvre, celle-ci étant entièrement contenue dans l'énoncé de l'idée. C'est sur ce principe que se fonde le collectif d'artistes *Art and Language* (représenté notamment par l'artiste américain Joseph Kosuth) pour lequel l'art se confond avec une réflexion sur la notion d'art[395]. Ainsi, le fait qu'il n'existe pas d'objet matériel n'invaliderait en rien l'existence d'une œuvre, créant ainsi un art reposant exclusivement sur le langage[396]. De la même manière, pour l'artiste américain Lawrence Weiner, l'œuvre en tant que réalisation matérielle peut parfois ne pas exister du tout, ou même exister ou ne pas exister de façon indifférente, car elle est, quoiqu'il en soit, contenue entièrement dans son énoncé[397].

Ainsi, puisque pour ces artistes, l'idée est déjà l'œuvre d'art (ou du moins la contient entièrement), il n'est plus possible de faire une distinction entre l'œuvre en cours de création et l'œuvre finie. Un concept, une esquisse ou un plan de travail constituent tout autant l'œuvre que son éventuelle incarnation physique finale. Avec ce type de démarches, l'art contemporain se détache notablement de la notion de création comme réalisation d'un objet d'art fini. Ce qui est diffusé au public est une idée (exprimée souvent par un texte et non par un objet). L'artiste contemporain peut ainsi être considéré comme un concepteur[398] davantage qu'un créateur[399].

---

[395] V. J. Kosuth, « L'art après la philosophie » *in* G. Herrmann, F. Reymond et F. Vallos (dir.), *Art conceptuel. Une entologie*, Editions Mix., 2008, p. 423-438.

[396] S. Lewitt, "Sentences on Conceptual Art" *in Art-Language*, vol. 1, n° 1, May 1969: « Since no form is intrinsically superior to another, the artist may use any form from an expression of words, (written or spoken) to the physical reality, equally. »

[397] Lawrence Weiner exprime son désintérêt pour l'objet d'art à travers une déclaration d'intention devenue célèbre, écrite en 1968 : « - 1. L'artiste peut construire le travail - 2. Le travail peut être fabriqué - 3. Le travail peut ne pas être réalisé - Chaque proposition étant égale et en accord avec l'intention de l'artiste le choix d'une des conditions de présentation relève du récepteur à l'occasion de la réception ». Il peut ainsi exposer ou bien une œuvre d'art ou bien son énoncé, puisque les deux sont à ses yeux totalement interchangeables.

[398] V. F. de Mérédieu qui voit dans la dématérialisation de l'art au cours du XXe siècle l'émergence de l'artiste comme « concepteur ». *Histoire matérielle et immatérielle de l'art moderne*, Larousse, 2004, p. 554.

[399] Ce qui ne veut pas dire que l'artiste soit dépourvu de créativité. Ainsi il peut être à l'origine d'un concept intéressant, original ou significatif pour l'histoire de l'art. Toutefois, cette forme de créativité s'éloigne de l'idée traditionnelle de la création comme réalisation d'une œuvre d'art.

B. Simultanéité de la création et de la diffusion

Une autre tendance de l'art contemporain consiste à mêler le temps de la création avec celui de la diffusion de l'œuvre. Nous examinerons successivement deux des principales formes que peut prendre cette tendance : les *works-in-progress* (1) et l'improvisation (2).

1. Les *works-in-progress*

L'art contemporain voit émerger les *works-in-progress*, œuvres d'art qui sont exposées en cours de réalisation, avant que leur forme finale ne soit déterminée, voire sans qu'il n'y ait de forme finale prévue. Certaines œuvres sont en effet faites pour rester indéfiniment en création et n'ont aucune version finie.

Ces œuvres apparaissent avec l'art processuel (ou *process art*), mouvement artistique né entre la fin des années 1960 et le début des années 1970 qui se concentre sur le temps de la création, non sur le résultat final. Pour les artistes tenant de l'art processuel, l'art n'est pas constitué par les objets qu'il produit mais par les actions et le processus créatif qui y mènent. La limite entre création et diffusion devient poreuse dès lors que c'est le processus de création qui est mis en valeur dans l'objet finalement réalisé. L'art processuel s'inspire ainsi de Jackson Pollock et de sa pratique du *dripping* qui laisse voir le geste de l'artiste (et donc la technique de création) dans la peinture finale. En montrant le corps de l'artiste, ce courant artistique a d'ailleurs une démarche qui peut être comparée à celle de la performance des années 1960[400].

Les œuvres d'art contemporain sont aussi parfois éphémères ou participatives, vouées à évoluer pendant le temps d'exposition. Par exemple, l'artiste américain Félix Gonzàles-Torres a réalisé, au début des années 1990, différentes installations composées de bonbons que les visiteurs sont encouragés à prendre et à emporter[401]. Ces sculptures, qui sont souvent des portraits métaphoriques de l'artiste et de son compagnon décédé des suites du SIDA en 1991, changent

---

[400] Pour le contexte artistique et politique de ce mouvement et notamment son lien avec la performance, V. P. Chevalier, « De l'art processuel : dérivations sémantiques et esthétiques de l'œuvre » *in Nouvelle revue d'esthétique,* vol. 8, n° 2, 2011, p. 31-39.

[401] Nous pouvons notamment citer, parmi ces nombreuses réalisations :*"Untittled" (USA Today)*, 1990, MoMA, New-York. *"Untittled" (Placebo)*, 1991, MoMA, New-York. *"Untitled" (Portrait of Ross in L.A.)*, 1991, The Art Institute of Chicago, Chicago.

donc de forme au cours de leur exposition, la diminution du volume du tas de bonbons symbolisant la déchéance physique et le deuil.

Les modifications de l'œuvre, provoquées par le public, par l'environnement ou simplement par le passage du temps (usure, pourrissement de matières organiques, etc.), sont anticipées par l'artiste et elles sont immédiatement intégrées à l'œuvre finale. Le processus de création se poursuit alors pendant l'exposition, sans limite de temps et sans résultat final prédéfini. Ainsi que la critique d'art et commissaire d'expositions Catherine Millet le note en faisant un état des lieux de l'art contemporain, l'une de ses spécificités est de parfois confondre le temps de création et le temps d'exposition[402].

2. L'improvisation

L'improvisation est une action qui se déroule dans l'instant, sans préparation. Dans le domaine artistique, cette notion est associée aux arts vivants. L'interprète improvise lorsqu'il crée directement une œuvre devant le public, sans s'appuyer sur une composition musicale, une chorégraphie ou un texte préexistant. L'improvisation est plus volontiers évoquée pour les créations musicales comme dans le jazz ; pourtant cette pratique est également courante dans la performance et dans la danse et le théâtre contemporains. Il s'agit ainsi d'une technique de création fréquemment utilisée dans l'art de performance. Le mouvement Fluxus, en particulier, mettait l'improvisation au cœur de ses *happenings* pour en exacerber le caractère spontané, non reproductible et parfois impromptu.

L'improvisation provoque une superposition entre le créateur et l'interprète de l'œuvre[403] et entre le temps de la création et celui de la diffusion. Les œuvres improvisées peuvent évidemment faire l'objet d'une réflexion préalable et d'une certaine préparation[404]. Ainsi une improvisation peut se dérouler selon un thème ou un motif déterminé. Cependant, il ne peut s'agir que d'indications vagues et une improvisation ne peut, par définition, être achevée qu'au moment même de la diffusion.

---

[402] C. Millet, *L'art contemporain - Histoire et géographie*, Flammarion, 2006, p. 62.

[403] Qui se traduit d'ailleurs en droit d'auteur par la superposition du droit d'auteur et du droit voisin de l'artiste interprète qui appartiennent alors à la même personne. V. Cass. civ. 1ère, 1er juil. 1970, n° 68-14.189.

[404] Nous pourrions ajouter que si l'improvisation semble être une création instantanée et totalement spontanée, cette impression est trompeuse car toute création, même improvisée, s'appuie forcément sur un code préexistant dans l'état de l'art. V. G. Genette, *L'œuvre de l'art : Immanence et transcendance*, Seuil, 2010, p. 90.

De plus, lorsqu'il s'agit d'une performance et même si celle-ci a été préparée en amont, il existe un aléa lors de son exécution. Du fait de l'instantanéité de la performance, ses conditions de réalisation ne peuvent être complètement prévues à l'avance. L'artiste n'a notamment pas de prise sur les effets qu'elle peut provoquer – sur la réaction du public en particulier. Or, puisque la performance est constituée par son déroulement, par l'action en train de se produire, ces effets imprévisibles participent de l'œuvre créée et en sont inséparables. Il est donc possible de considérer que, pour ce genre artistique, la création est toujours, au moins en partie, concomitante avec la diffusion.

Paragraphe 2. L'autonomie juridique limitée de la notion de création

Alors que la liberté de création est, depuis peu, reconnue dans l'ordre juridique français[405], il nous est permis de nous demander ce que ce droit protège effectivement et, par là, d'interroger l'indépendance de la notion juridique de création. En effet, le mot création est polysémique : il désigne tout d'abord le processus de production d'une œuvre (l'action de créer) mais aussi, par métonymie, le résultat de ce processus (l'objet d'art qui constitue l'œuvre). Or, il nous paraît difficile d'isoler une liberté de création qui concernerait le processus de la création et non sa diffusion.

Pour tenter de cerner une notion de création juridique autonome de la diffusion de l'œuvre d'art, il s'agit d'étudier l'étendue de la protection accordée par la liberté de création (A), avant d'interroger l'opportunité de protéger séparément création et diffusion (B).

A. La portée de la liberté de création

Les interrogations sur l'étendue de la protection par la liberté de création qui résultent de ce lien entre création et diffusion de l'œuvre se retrouvent, comme nous le constaterons, tant dans la doctrine (1) que dans le droit positif européen et national (2).

---

[405] Par la loi LCAP du 7 juillet 2016.

1. Incertitudes de la doctrine

L'examen de la littérature juridique se consacrant à l'étude de la notion de liberté de création fait souvent apparaître une certaine indécision quant à l'objet de cette liberté.

En effet, dans les thèses ou ouvrages qui entendent traiter exclusivement de la liberté de création (sans aborder d'autres notions juridiques), la création semble parfois comprise, de façon indépendante de la diffusion, comme l'action de produire une œuvre d'art. La liberté de création semble alors équivaloir à une liberté de créer[406], soit la possibilité d'effectuer sans entraves les actions (de la conception à la fabrication) menant à la réalisation concrète de l'œuvre[407]. Autrement dit, la liberté de création protègerait la phase préparatoire menant à la réalisation d'une œuvre d'art finie.

Il s'avère pourtant difficile de limiter la création à cette seule phase préparatoire, d'autant plus quand l'interdépendance de la création et de la diffusion de l'œuvre est mise en exergue, nous l'avons vu, par certaines pratiques de l'art contemporain. D'ailleurs, souvent dans ces mêmes études, il est en fait traité majoritairement ou exclusivement de la liberté *de diffusion* de la création. La question de la liberté de création est alors envisagée sous l'angle de la protection de la liberté de l'art contre la censure[408], laquelle constitue une restriction de la possibilité de diffuser l'œuvre d'art auprès du public et non de la créer.

Il semble ainsi que les auteurs peinent à s'accorder sur le contenu de la liberté de création et notamment sur la question de savoir si elle comprend, en plus de la stricte liberté de créer, la liberté de diffuser l'œuvre créée. Or, c'est bien cette définition large que reflète le droit national comme européen.

---

406 V. D. Cohen, « La liberté de créer » in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droit fondamentaux*, 24e éd., Dalloz, 2018.

407 V. notamment :

I. Pignard, *La liberté de création*, Université Nice Sophia Antipolis, 2013, p. 4 : « La liberté de création est la possibilité de concevoir, de fabriquer, d'inventer, de produire sans pression, sans entrave. La liberté de création permet alors de réaliser quelque chose que personne n'avait encore créé. »

A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, LGDJ, 2014, § 138, p. 64 : « La liberté création garantit la liberté d'accomplir un fait juridique : l'acte de création ».

408 Par exemple par D. Cohen, *op. cit.*

2. Ambivalence du droit positif

Le droit de la Convention EDH protège la liberté de création artistique à travers le droit fondamental à la liberté d'expression[409], ce qui paraît indiquer une protection de la diffusion de l'œuvre d'art plus que de sa création elle-même. La notion d'expression renvoie à la manifestation sensible de sentiments, idées ou traits de personnalité de l'artiste. En cela, une expression passerait surtout par une œuvre d'art achevée et diffusée au public. Dans les faits, les affaires concernant la liberté de création artistique dont la CEDH a eu à connaître concernent en effet très majoritairement des restrictions à la diffusion d'œuvres d'art : tableaux saisis[410] ou interdits d'exposition[411], films interdits de projection[412], pièce de théâtre interdite de représentation[413] ou encore publications littéraires saisies[414].

Malgré cela, la Cour estime depuis son arrêt fondateur Müller[415] que l'article 10 de la Convention protège aussi bien la création elle-même que la diffusion puisqu'il s'applique à « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art »[416]. Ainsi le droit fondamental à la liberté d'expression pourrait être invoqué en cas de restriction, par l'un des États membres du Conseil de l'Europe, des conditions de production de l'œuvre d'art. Cela pourrait être le cas si des matériaux ou outils de création étaient confisqués par exemple, mais également lorsqu'une restriction à la création est incidemment provoquée par d'autres normes, notamment par les règles de propriété intellectuelle[417].

Dans le droit national, la liberté de création est directement évoquée dans le premier article de la loi LCAP qui déclare, sans préciser la portée de cette règle, que « la création artistique est libre ». Le législateur reconnaît pourtant bien la création de l'œuvre indépendamment de sa

---

409 Protégé par l'article 10 de la Convention.

410 CEDH, Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, n° 10737/84.

411 CEDH, 25 avr. 2007, Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche, n° 68354/01.

412 CEDH, Otto-Preminger-Institut c. Autriche, 20 sept. 1994, n° 13470/87 et Wingrove c. Royaume-Uni, 25 nov. 1996, n° 17419/90.

413 CEDH, Ulusoy et autres c. Turquie, 3 mai 2007, n° 34797/03.

414 CEDH, Karataş c. Turquie, 8 juil. 1999, n° 23168/94 ; Alinak c. Turquie, 29 juin 2005, n° 40287/98 et Akdaş c. Turquie, 16 mai 2010, n° 41056/04.

415 CEDH, Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, n° 10737/84.

416 Arrêt Müller précité, § 33. V. aussi dans la même affaire le rapport de la Commission EDH du 8 octobre 1986, § 67 : « La Commission estime que la création d'œuvres d'art tout comme l'exposition de celles-ci sont des activités qui sont, comme telles, protégées par le droit à la liberté d'expression reconnu à l'article 10 par. 1 (art. 10-1) de la Convention ».

417 V. sur la question de la restriction du droit à l'information (et non à l'expression artistique) par le droit d'auteur, CEDH, Ashby Donald et autres c. France, 10 janv. 2013, n° 36769/08.

diffusion, puisqu'il consacre une disposition spécifique à cette dernière notion. Il dispose ainsi dans le second article de cette loi que « la diffusion de la création artistique est libre ». Les deux notions sont bien distinguées intellectuellement puisqu'elles font l'objet de deux articles séparés – les articles 1 et 2 de la loi respectivement – mais elles sont protégées par le même texte.

Nous pouvons déduire de ces observations, avec Arnaud Latil, que « la première difficulté de l'entreprise de traduction juridique de la liberté de création réside donc dans l'admission de ce double mouvement : le couple "action" et "diffusion" de la création est inséparable »[418]. Cette conclusion paraît d'ailleurs raisonnable dans la mesure où les pratiques artistiques ne permettent pas toujours de distinguer elles-mêmes entre création et diffusion[419].

B. L'opportunité d'une protection du processus de création

La question qui se pose alors est celle de savoir s'il est du rôle du droit de traiter de l'action de créer. Ainsi, la création n'aurait, selon certaines opinions, pas besoin d'une protection juridique dans la mesure où elle se déroulerait antérieurement à la diffusion, dans l'espace privé. Nous montrerons ici que les présupposés qui rendent inutiles une protection juridique de la création artistique sont largement fallacieux. En effet, la création n'est pas uniquement une opération mentale sans aucune conséquence sur le monde réel, mais elle est également un processus concret (1). De plus, la création n'est pas toujours solitaire et assignée à l'espace privé. Elle est même, en général, le fruit d'une activité sociale (2). À ce titre, il s'agit d'une activité susceptible de se heurter à des règles de droit d'autant plus diverses que l'art contemporain cherche à s'émanciper d'une sphère artistique spécifique pour investir le monde social (3).

1. La création comme processus concret

Ainsi certains auteurs semblent considérer la création artistique comme un processus entièrement ou principalement mental[420]. Ils peuvent donc considérer que la création est libre

---

[418] A. Latil, *op. cit.*, § 46, p. 27.

[419] V. *supra* p. 131 et s.

[420] Par exemple A. Latil, *op. cit.*, § 233, p. 101, qui évoque la création intellectuelle de l'œuvre en ces termes : « Chacun peut librement imaginer et inventer en son for intérieur. La création est d'abord une activité de

par nature puisqu'elle est purement intellectuelle : reconnaître la liberté de création serait alors inutile et redondant avec la liberté de pensée.

Cependant, ce serait confondre ici la création et la pensée et il nous semble qu'il convient bien de les distinguer. Certes, avec l'art contemporain et notamment avec le courant de l'art conceptuel que nous avons évoqué plus haut, certains artistes privilégient la conception ou l'idée (et donc la pensée) sur la réalisation concrète de l'œuvre d'art. Toutefois, même alors, il existe une réalisation minimale – qui n'est parfois pas plastique et peut, dans les cas les plus extrêmes, prendre la forme d'un simple énoncé de l'idée – qui permet de rendre perceptible l'œuvre au public et qui ne se confond donc pas avec la seule pensée. Ainsi, même dans le cas particulier de l'art conceptuel, il y a une certaine réalisation concrète, possiblement très limitée, de l'œuvre. De plus, la phase de réalisation est importante pour d'autres œuvres, qui peuvent d'ailleurs relever également de l'art contemporain (les installations par exemple), et ne nous semble donc pas devoir être négligée. En effet, le processus de création ne concerne pas uniquement les réflexions intellectuelles mais aussi les actions concrètes qui sont entreprises pour produire l'œuvre[421]. L'examen de la création vue par la doctrine de droit d'auteur peut nous permettre de soutenir ces réflexions.

Les auteurs étudiant le droit d'auteur ont l'occasion de s'intéresser au processus de création d'une œuvre dans le cadre de la distinction entre l'idée et la forme. De façon classique, l'idée qui sous-tend une œuvre de l'esprit ne peut être protégée par le droit d'auteur, seule l'est la forme d'expression spécifique dans laquelle cette idée s'incarne. Ainsi, si l'idée de peindre un paysage de montage n'est pas protégé, la réalisation concrète d'une telle peinture (l'agencement spécifique des formes et des couleurs) l'est. Évidemment, la distinction entre idée et forme n'est

---

représentation purement intellectuelle. La créativité humaine ne souffre alors d'aucune limite. Toutefois, l'expression de la créativité n'est pas totalement libre. La diffusion de la création est en effet susceptible de provoquer des dommages à autrui ou de troubler l'ordre public. »

Il serait possible de remarquer ici que l'auteur semble considérer que « l'expression de la créativité » équivaut à « la diffusion de la création ». Or la créativité peut s'exprimer lors de la création concrète de l'œuvre, après (ou en parallèle de) sa conception mentale et avant la diffusion. À ce moment, la question des dommages à autrui et du trouble à l'ordre public est également susceptible de se poser.

[421] Nous nous rangeons ici avec P. Mouron, « La liberté de création artistique au sens de la loi du 7 juillet 2016 » *in Revue des droits et libertés fondamentaux* [en ligne], chon. n° 30, 2017, [revuedlf.com/droit-fondamentaux/la-liberte-de-creation-artistique-au-sens-de-la-loi-du-7-juillet-2016]. Il affirme dans cet article : « De cette façon, la création artistique se situe exactement à un stade intermédiaire entre la pensée et la diffusion. C'est pourquoi elle se distingue à la fois de la liberté de pensée, qui ne préjuge pas d'une extériorisation, et de la liberté d'expression, qui repose sur la communication. L'objet même de ces libertés serait différent. La liberté d'expression porte sur la transmission d'idées et d'informations, qui ne sont pas nécessairement fixées de façon durable ; la liberté de création a pour objet la mise en forme artistique des idées et informations, cette action s'incarnant dans une œuvre ».

pas toujours aisée[422]. Pour mieux la cerner et, ainsi, distinguer ce qui relève de la protection du droit d'auteur de ce qui n'en relève pas, certains auteurs ont eu recours à des schémas de pensée qui permettraient de décrire la création.

Pour Desbois, la création artistique se déroule, pour les arts plastiques[423], en trois étapes[424]. Vient d'abord l'idée, qui est une simple notion ou un thème à l'origine de l'inspiration de l'artiste. Puis, la composition est la « représentation mentale »[425] de l'œuvre dans l'esprit de l'artiste. Il s'agit de l'image précise que l'artiste conçoit pour illustrer l'idée. Enfin, la dernière phase est celle de la réalisation, par laquelle l'artiste fait passer sa représentation mentale dans le monde physique, la rend sensible en exécutant une œuvre matérielle. Seule compte, pour le droit d'auteur, l'expression externe de l'œuvre qui résulte de cette dernière phase.

Philippe Gaudrat, qui différencie les formes interne et externe d'une œuvre de l'esprit[426], fait écho à la conception de Desbois – et notamment la distinction que ce dernier opère entre composition et réalisation. Pour cet auteur, la forme interne est l'œuvre de l'esprit véritable. Elle est la conception existant dans l'esprit du créateur tandis que la forme externe est la forme sensible de l'œuvre, perceptible par tous et donc appréhendable par le droit d'auteur. La création serait donc décomposable en deux étapes : la conception en pensée de la forme interne[427] puis la réalisation de l'œuvre matérielle, traduction de la forme interne dans une forme externe[428]. Ainsi le processus de création, du moins la réalisation concrète (qui fait suite à la conception), serait vu comme une opération quasi-mécanique visant à faire passer l'œuvre, le plus fidèlement possible, de l'esprit du créateur à la réalité matérielle et sensible.

---

[422] Elle est d'ailleurs particulièrement difficile concernant l'art contemporain. V *infra* p. 235 et s.

[423] Desbois distingue la création des arts qu'il qualifie de « figuratifs » (comme la peinture ou la sculpture) de la littérature d'une part et de la musique d'autre part. V. H. Desbois, *La Propriété littéraire et artistique*, Librairie Armand Colin, 1953, p. 9 et s.

[424] *Ibid.,* p. 28 et s.

[425] *Ibid.,* p. 29.

[426] P. Gaudrat, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit » *in Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 201-221.

[427] *Ibid.,* p. 204 « Inaccessible, l'acte de conception n'est détaillé ni par les juges, ni par les auteurs, mais pris au contraire, comme un présupposé à partir duquel on raisonne par soustractions successives. Sans entrer dans le détail, on peut dire que la présomption fondamentale est qu'il y a eu *conception* d'une forme interne précédant l'expression d'une forme externe lorsque, de l'intériorisation du mon extérieur à l'extériorisation de l'œuvre, le processus s'est déroulé sans hiatus dans le for intérieur d'un individu. » (Italiques de l'auteur)

[428] *Ibid.,* p. 200 « Ce processus d'e*xpression* d'une forme mentale dans une forme matérielle est précisément celui à compter duquel la loi date la *création* de l'œuvre – et donc sa protection –, non qu'il résume à lui seul tout l'acte créatif, mais il en marque le seuil de juridicisation. » (Italiques de l'auteur)

Ces modèles nous paraissent simplifier le processus de création[429]. En effet, ils supposent qu'une œuvre puissent être pleinement formée en esprit et qu'elle soit ensuite parfaitement « traduisible » dans une manifestation sensible. Or, d'une part, la conception et la réalisation ne peuvent être ainsi séparés ; ces deux phases peuvent d'ailleurs tout à fait être concomitantes. D'autre part, le caractère supposément systématique de la réalisation, qui retranscrirait parfaitement l'image mentale existant dans l'esprit de l'artiste, est aussi critiquable, en ce que la réalisation n'est pas dénuée d'un apport mental et créatif. Ces modèles reflètent une idée très classique de la création, ouvertement mise à mal dès le début du XXe siècle par les pratiques du surréalisme ou du dadaïsme – utilisant des techniques de création automatique dans lesquelles n'y aurait pas de conception. Ainsi, la doctrine de droit d'auteur offre une vision assez schématique de la création, ce qui peut s'expliquer par le besoin de trouver des critères clairs afin de distinguer la forme protégeable de l'idée non protégeable.

Cependant, cette vision a l'avantage de considérer la création comme un processus aussi bien intellectuel que concret – qui, par ailleurs, n'est pas confondue avec la diffusion de l'œuvre puisque, pour le droit d'auteur, l'œuvre peut être créée sans être divulguée. Ainsi, il peut s'agir d'un bon modèle pour penser l'utilité de la liberté de création.

2. La création comme processus social

D'autre part, et de façon plus convaincante, il est possible de considérer superflue une protection spécifique de la liberté de création en ce que même ces actions intermédiaires à la pensée et à la diffusion qui créent concrètement l'œuvre d'art se déroulent *a priori* dans un cadre privé. Ainsi, la sociologue Nathalie Heinich considère inutile une protection juridique de la liberté de création « car la création est libre, comme est libre la marche à pied : n'importe qui a le droit d'écrire, de peindre, de composer à sa guise »[430] ; ce qui peut en revanche être restreint

[429] En ce sens, v. l'analyse que Nadia Walravens fait du modèle de Desbois : N. Walravens, *L'œuvre d'art en droit d'auteur - Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Economica, 2005, p. 52 et s.

[430] N. Heinich, « Une dérive de la notion de "liberté de création" » *in Libération*, 28 février 2016, à propos du projet de loi LCAP. L'auteure précise que cette protection serait inutile si elle couvrait uniquement la création stricto sensu mais pourrait s'avérer dangereuse si elle incluait la diffusion car elle créerait alors un régime dérogatoire pour les œuvres d'art racistes, sexistes, diffamatoires, etc.

V. aussi P. Mouron, *ibid*., qui considère que bien qu'une distinction conceptuelle soit possible entre liberté de création et d'expression (v. note précédente), il est en pratique presque nécessaire d'identifier les deux libertés : « On peut […] considérer que l'œuvre simplement créée est une communication de la pensée de l'auteur, en fut-il le seul bénéficiaire. L'idée vaut particulièrement pour les œuvres de peinture et de sculpture, incarnées en un objet corporel. Celui-ci peut être vendu à un tiers, sans être diffusée au public ; n'en est-il pas moins communiqué, ne serait-ce qu'à une personne ? Si l'on tient à autonomiser la liberté de création en excluant tout acte de communication, il faudrait dès lors en limiter le champ à la sphère privée de l'artiste ».

est la diffusion de l'œuvre dans l'espace public. En effet, toute personne a la possibilité, par exemple, d'écrire des pamphlets racistes car l'acte d'écrire seul ne peut être réprimé juridiquement en ce qu'il se situe dans une sphère privée que le droit ne peut – ni peut-être ne doit – réguler. Il ne s'agit d'un délit que si ces propos racistes sont communiqués au public[431]. Ainsi, la liberté de création ne pourrait être que purement déclarative lorsqu'il s'agit de la protection de la création de l'œuvre.

Ce raisonnement n'est toutefois fondé que si l'on considère la création artistique comme une activité strictement privée. Or, il est possible de concevoir la création comme un processus social faisant intervenir de nombreux acteurs au-delà de l'artiste lui-même. Ainsi, les théories de l'art depuis la seconde moitié du XXe siècle s'intéressent au rôle des pairs, des institutions, des commanditaires, des collaborateurs techniques, etc. dans la création elle-même et à leur participation directe à la production artistique[432]. Ainsi, allant à rebours de la représentation de l'artiste comme un créateur solitaire, ces théories tendent à montrer que la création artistique est une activité sociale. Certes, les conventions sociales et juridiques posent une limite qui permet de distinguer la création « véritablement » artistique des prestations techniques, par exemple, et attribuent ainsi, en général, la qualité d'artiste à une seule personne. Cependant, cette limite est arbitraire et peut être d'ailleurs être amenée à évoluer avec le temps[433]. Ainsi, il est impossible de nier l'influence directe que le fabricant de matériaux, par exemple, a sur le résultat final que constitue l'œuvre d'art – et par là reconnaître qu'il prend part au processus de

V. aussi D. Lefranc, « L'art affolant : qu'est-ce qu'une œuvre pornographique ? » *in Juris art etc*., n°22, 2015, p.18, qui estime que : « La reconnaissance de cette liberté de création ne comblerait aucun vide législatif. En effet, les artistes n'ont à requérir aucune autorisation administrative préalable pour créer. Le respect de leur vie privée protège l'acte de création de toute ingérence. En outre, ils jouissent du droit d'être rémunérés lors de l'exploitation de leurs œuvres, le droit d'auteur étant fondé sur le droit au respect de la propriété privée. »

[431] Article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

[432] Nous pensons ici en particulier à H. Becker, *Les mondes de l'art*, Flammarion, 1988.

Il est aussi possible de se référer aux théories institutionnelles de l'art comme celle de G. Dickie, explicitée par exemple dans « Defining Art » *in American Philosophical Quarterly*, vol. 6, n°. 3, juil. 1969, p. 253-256.

V. aussi, s'inspirant notamment de Becker, le travail de P. Nicolas-Le Strat, *Une sociologie du travail artistique*, L'Harmattan, 1999.

[433] Becker remarque ainsi que, si la création artistique est faite de multiples activités réalisées par différents acteurs, chaque forme artistique définit une « activité cardinale » qui permet de repérer l'artiste. Cependant, il note : « Dès lors que la définition de l'activité cardinale d'un art peut varier avec le temps, la division du travail entre l'artiste et le personnel de renfort est sujette aux mêmes variations, et c'est une source de difficultés. Jusqu'où peut-on restreindre la pratique de l'activité cardinale sans perdre sa qualité d'artiste ? » (*op. cit.* p. 44).

création. De ce fait, si la maîtrise intellectuelle est principalement aux mains du seul artiste[434], la production concrète d'une œuvre d'art est une activité collective.

Comme par une mise en œuvre de ces théories, l'art contemporain s'attache justement à critiquer le mythe du créateur solitaire en mettant en valeur la co-création et les collectifs d'artistes[435]. L'importance de la production individuelle – de la main de l'artiste – est elle aussi critiquée par des procédés modifiant la valeur de la signature ou remettant en cause l'idée d'un savoir-faire spécifique de l'artiste. La production matérielle de l'œuvre peut ainsi être déléguée, soit à d'autres artistes assistants[436], soit même à des fabriques de production industrielle[437]. Tout cela fait de la création une activité possiblement sociale et, partant, régulée par le droit.

3. La création appréhendée par le droit

Enfin, la création elle-même, et pas uniquement la diffusion, peut violer des règles de droit existantes. Elle n'est donc pas toujours tout à fait libre. La liberté de création pourrait ainsi protéger le processus de création alors même que celui-ci contrevient à d'autres règles juridiques[438]. Ces situations risquent particulièrement de se produire dans des situations dans lesquelles création et diffusion sont intrinsèquement liées. Toutefois certaines règles visent spécifiquement la réalisation de l'œuvre, soit la création, quand bien même sa diffusion serait quasi simultanée.

---

434 Même si ces mêmes travaux théoriques nous invitent à ne pas négliger l'influence déterminante que peuvent avoir d'une part l'environnement artistique créé par les critiques, les institutions, etc., et d'autre part l'apport intellectuel direct des conseils de pairs, des éventuels commanditaires etc.

435 Des collectifs tels que Fluxus permettent à des artistes individuels de créer régulièrement des œuvres en collaboration. Il existe aussi des groupes, ou le plus souvent des duos d'artistes (souvent des couples dans leur vie privée), qui ont une carrière et une production artistique tout à fait commune. Dans le domaine de l'art corporel ou de la performance, nous pouvons citer Eva et Adele, Gilbert & Georges ou encore Marina Abramovic et Ulay.

Pour un panorama des pratiques actuelles, v. Art Press 2 numéro : La création à plusieurs, duos, collectifs et plus si affinités, n° 40, 2016 et E. Mara De Wachter, *Co-Art: Artists on Creative Collaboration*, Phaidon, 2017.

436 V. l'exemple de Sol Lewitt cité *supra* p. 132.

437 Soit dans le cas de *found objects*, lorsque l'artiste se réapproprie un objet de consommation courante produit en masse pour en faire une œuvre d'art – la pissotière de Marcel Duchamp ou les boîte Brillo d'Andy Warhol en constituent des exemples célèbres – soit dans celui d'objets conçus par l'artiste mais réalisés ensuite par d'autres selon des méthodes industrielles – il est possible de penser là encore à Warhol et sa *factory* ou aux œuvres monumentales de Jeff Koons ou Damien Hirst qui sont fabriqués en ateliers.

438 Certaines des règles juridiques le plus évidemment susceptibles d'affecter les œuvres d'art comme le droit à l'image, à la vie privée, ou la prohibition de la diffamation concernent davantage la diffusion de l'œuvre d'art que sa création à proprement parler et ne seront donc pas évoquées ici.

Or, cela est particulièrement fréquent dans l'art contemporain lorsque l'objectif de la création est d'abolir la distance entre l'art et la vie[439]. En pénétrant dans un domaine qui n'est pas réservé aux activités artistiques et en voulant intervenir directement dans le champ social, l'artiste peut se trouver confronté, lors du processus de création, à des règles de droit apparues en réaction à l'incursion de l'art dans un domaine nouveau, par exemple pour encadrer l'art urbain[440]. Évidemment, il peut être très difficile en l'occurrence de distinguer création et diffusion. En effet, une fresque murale est accessible au public instantanément, dès lors qu'elle est réalisée, puisque le propre de l'art urbain est de se trouver d'ores et déjà dans l'espace public. Cependant, l'article 322-1 du code pénal punit « le *fait de tracer* des inscriptions, des signes ou des dessins, sans autorisation préalable, sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain »[441]. C'est donc bien l'action elle-même, donc la réalisation de l'œuvre et non sa diffusion au public (quand bien même les deux seraient concomitantes), qui est prohibée. D'ailleurs, il importe peu que l'œuvre soit ou non terminée, le délit étant constitué dès le premier trait.

La création peut parfois même être confrontée à d'autres règles qui n'ont rien de spécifique à l'encadrement de l'art, par exemple des règles pénales. La CEDH a ainsi déclaré irrecevable en 2011 une requête concernant la *Demeure du chaos*[442], un bâtiment transformé en projet artistique à partir de 1999 à l'initiative du plasticien Thierry Ehrmann. La structure d'origine a fait l'objet de modifications significatives et se présente comme un espace post-apocalyptique qui peut être visité par le public en tant que musée d'art contemporain. Dans ce projet, l'œuvre d'art ne peut être détachée du bâtiment et du terrain qui l'accueillent et la constituent. Or, l'artiste a été poursuivi, au titre des certains des travaux réalisés, pour la méconnaissance de dispositions pénales du code de l'urbanisme[443]. En l'occurrence, la requête formée par le

---

[439] Cette volonté de faire de l'art en dehors des institutions qui lui sont dédiées et des cadres traditionnels qui lui sont attribués est particulièrement prégnante dans l'art de performance et notamment des mouvements comme le Fluxus. L'expression se retrouve dans un livre d'un artiste fondateur du *happening* Allan Kaprow, *L'art et la vie confondus*, Editions du Centre Pompidou, 1996, dont le titre original en anglais est *Art as Life*.

[440] Article 322-1 du code pénal qui interdit les graffitis et les fresques sur les voiries et le mobilier urbain. Pour une analyse de l'encadrement juridique de l'art urbain v. not. G. Goffaux Callebaut, D. Guével et J.-B. Seube (dir.), *Droit(s) et street art : de la transgression à l'artification,* LGDJ, 2017.

[441] Nous soulignons.

[442] CEDH, Ehrmann et SCI VHI c. France, 7 juin 2011, n° 2777/10.

Pour la condamnation initiale, v. TGI Lyon, 16 février 2006, *Propr. Intell*. 2006, n° 20, p. 356, obs. M. Vivant.

[443] Pour exécution irrégulière de travaux non soumis à l'obtention d'un permis de construire, édification irrégulière de clôture, infraction aux dispositions du plan local d'urbanisme ou du plan d'occupation des sols, et modification, transformation sans autorisation préalable d'un immeuble visible d'un édifice classé ou inscrit aux monuments historiques.

plasticien fut rejetée parce que la Cour a considéré que, bien que constituant une restriction de sa liberté d'expression, les réglementations d'urbanisme poursuivaient clairement un but légitime, la défense de l'ordre et la protection du patrimoine. De plus cette restriction et sa sanction (une amende délictuelle) n'étaient pas disproportionnées par rapport au but poursuivi ; ainsi le grief du requérant était manifestement mal fondé.

La limitation de la liberté d'expression artistique résultait en l'espèce de règles d'urbanisme n'ayant évidemment pas été conçues pour encadrer l'art. De plus, ce n'est pas la diffusion mais bien la création de l'œuvre d'art – la modification de la *Demeure du chaos* – qui s'est ici trouvée en butte à des règles de droit extérieures. Effectivement, le débat ici portait sur des modifications visibles de l'extérieur de la propriété – circonstance qui a d'ailleurs été relevée par CEDH[444] – ce qui fait que la création et la diffusion étaient, là encore, tout à fait imbriquées. Cependant, l'infraction était ici constituée dès le début des travaux puisque c'est bien l'exécution même des travaux sans permis de construire qui est interdite[445] – ce qui en l'occurrence pourrait correspondre à la réalisation de l'œuvre qui peut être distinguée, au moins intellectuellement, de sa diffusion.

Pour conclure, en droit positif, la liberté de création protège aussi bien la création proprement dite de l'œuvre que sa diffusion. Selon nous, cette acception large est souhaitable puisque dans de nombreuses situations, notamment du fait des pratiques de l'art contemporain, il n'est pas évident de distinguer création et diffusion. De plus, les restrictions à la liberté artistique surviennent, de fait, davantage au moment de la diffusion d'une œuvre d'art – pour en restreindre ou en limiter l'accès par le public – qu'au moment de la création proprement dite. Pourtant, la liberté de création en tant que liberté de créer s'avère elle aussi pertinente en ce que la création n'est pas un processus qui échappe totalement à la vie sociale ni, de ce fait, au contrôle du droit. Il est donc souhaitable que ces deux aspects de la création artistique, bien qu'intrinsèquement liés, soient reconnus individuellement l'un et l'autre par la notion juridique de liberté de création artistique. Ainsi, lorsque la liberté de création est restreinte (au stade de

[444] La Cour remarque ainsi que « la sanction pénale d'un montant de 30 000 EUR à laquelle a été condamné le premier requérant et la sanction civile à laquelle a été condamnée la troisième requérante, ainsi que la restitution des lieux dans leur état antérieur, ne sauraient être regardées comme disproportionnées, étant à cet égard observé que les restrictions en cause ne visaient que les seules réalisations qui, de l'extérieur de la propriété, s'imposaient à la vue du public et ne portaient pas sur les œuvres figurant dans les espaces intérieurs des bâtiments et dans le parc ».

[445] Ainsi l'article L. 421-1 du code de l'urbanisme dispose qu'un permis de construire « est exigé pour les travaux exécutés sur les constructions existantes, lorsqu'ils ont pour effet d'en changer la destination, de modifier leur aspect extérieur ou leur volume ou de créer des niveaux supplémentaires. »

la création de l'œuvre d'art ou lors de sa diffusion) par une autre norme juridique, le juge est amené à effectuer un contrôle de proportionnalité entre les deux normes concurrentes.

SECTION 2. Les fondements de la liberté de création artistique

La liberté de création en tant que telle n'est apparue que très récemment dans un texte juridique national, dans la loi relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine (LCAP) datant de 2016. Auparavant, une protection de la liberté de création avait déjà émergé dans les jurisprudences française et européenne par le biais, en particulier, du droit à la liberté d'expression (§1). D'autres principes y ont aussi contribué, notamment la liberté de commerce et d'industrie protégée à partir de la loi Le Chapelier de 1791[446]. Nous ne les retiendrons toutefois pas dans le champ de notre examen, notre intérêt se portant ici sur l'aspect artistique de l'œuvre – examiné lors de sa création comme de sa diffusion, et pour lequel la liberté d'expression nous semble l'angle d'analyse le plus pertinent – davantage que sur l'exploitation commerciale de celle-ci.

La liberté de création, longtemps limitée à une simple composante d'un droit fondamental plus large, peut-elle désormais être envisagée comme un principe juridique indépendant (§2) ?

Paragraphe 1. La liberté d'expression, protection expédiente de la création

La liberté d'expression, principe protégé par la Convention EDH, est le principal fondement par le biais duquel la création artistique est effectivement protégée (A). S'il pourrait être avancé que la liberté de création constitue un sous-ensemble de la liberté d'expression, la CEDH protégeant l'expression artistique comme un type d'expression parmi d'autres, il nous semble qu'il est possible de différencier conceptuellement les deux. Ainsi, la liberté d'expression pensée pour protéger les discours pourrait être inadaptée à l'art, en particulier à l'art visuel (B).

---

[446] V. par exemple A. Latil, *op. cit.*, § 79-88, p. 42 et s.

A. La création protégée par la liberté d'expression

La jurisprudence de la Cour EDH considère depuis l'arrêt Müller l'expression artistique comme une forme d'expression protégée par la Convention (1). L'article 10 de la Convention EDH est également le fondement utilisé par le juge français pour protéger la création artistique (2).

1. La jurisprudence de la CEDH

La Convention EDH protège la liberté d'expression dans son article 10 dont le premier paragraphe dispose que « toute personne a droit à la liberté d'expression » en précisant que « ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques ». Cette disposition concerne en premier lieu l'expression d'opinions, d'informations et d'idées au travers de discours (écrits ou oraux) et notamment de discours concernant les affaires publiques. Ainsi la jurisprudence de la CEDH concernant l'article 10 s'est d'abord construite à propos de la liberté des médias[447] et l'arrêt *Lingens* datant de 1986[448] permet à la Cour de souligner que la liberté d'expression « [revêt] une importance particulière pour la presse »[449] en raison de son rôle de « chien de garde »[450] de la démocratie.

La jurisprudence de la CEDH a ensuite eu l'occasion d'élargir la protection de l'article 10 à d'autres types d'expression et notamment à des expressions qui ne concernent pas directement les affaires politiques ou publiques. Dans la mesure où « l'article 10, paragraphe 1 […] ne s'applique pas seulement à certaines catégories de renseignements, d'idées ou de modes

---

[447] Les premières décisions de la CEDH sur la liberté d'expression intéressent presque exclusivement la liberté de la presse. La première saisie, plus tard rayée du rôle, de la Cour sur le fondement de l'article 10 (*De Becker c. Belgique*, arrêt du 27 mars 1962, série A no 4) concerne une interdiction d'exercer le métier de journaliste. Le premier arrêt rendu par la Cour sur le fondement de l'article 10 (CEDH, Engel et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, série A, n° 22.13) concerne des sanctions disciplinaires infligées à des militaires pour la publication d'articles de journaux. Quant à la première censure sur le fondement de l'article 10 (CEDH, Sunday Times c. Royaume-Uni, 26 avril 1979, série A n° 30), elle se rapporte à l'interdiction faite à un journal de publier un article rapportant un procès.

[448] CEDH, Lingens c. Autriche, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 103.

[449] Arrêt précité § 41. La Cour y souligne également le rôle spécial qu'elle attribue aux journalistes, celui « de communiquer des informations et des idées sur les questions débattues dans l'arène politique, tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public ».

[450] L'expression est utilisée par la CEDH pour la première fois dans les arrêts CEDH, Observer et Guardian Newspapers Ltd c. Royaume-Uni, 26 novembre 1991, série A n° 216 et CEDH, Sunday Times (n° 2) c. Royaume-Uni, arrêt du 26 novembre 1991, série A n° 217.

d'expression »[451], la protection de la liberté d'expression s'étend par exemple aux messages commerciaux[452] mais aussi à l'expression artistique.

La Cour a eu pour la première fois l'occasion de se prononcer sur la création artistique en 1988 à l'occasion de l'affaire Müller[453]. Le peintre suisse Joseph Felix Müller présenta en 1981 un triptyque de tableaux nommé *Drei Nächte, drei Bilder* (Trois nuits, trois tableaux) représentant des relations sexuelles, notamment entre des hommes et des animaux, dans une exposition d'art contemporain organisée à Fribourg. Suite au signalement du procureur général du comté de Fribourg, le peintre et les organisateurs de l'exposition furent poursuivis sur le fondement l'article 204 du code pénal suisse (depuis abrogé) qui interdisait les publications obscènes. Les juridictions suisses les condamnèrent au paiement d'une amende et ordonnèrent la confiscation des tableaux. Les requérants, le peintre et les organisateurs de l'exposition, saisirent alors la CEDH[454] en arguant d'une violation de leur droit à la liberté d'expression. Dans son arrêt, la Cour reconnaît sans équivoque l'art comme une expression protégée par l'article 10. Elle déclare au point 27 de la décision :

> « Sans doute l'article 10 ne précise-t-il pas que la liberté d'expression artistique, qui se trouve en cause, entre dans son champ d'application ; il ne distingue pas pour autant les diverses formes d'expression. […] il englobe la liberté d'expression artistique – notamment dans la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées - qui permet de participer à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte. »[455]

Cependant, la liberté d'expression n'étant pas un droit absolu, elle peut être restreinte[456] comme le prévoit le second paragraphe de l'article 10. En effet, la liberté d'expression supporte, selon la Convention, des restrictions prévues par la loi lorsque celles-ci poursuivent un but légitime et sont nécessaires dans une société démocratique. Dans l'affaire Müller, les condamnations

[451] CEDH, Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. République fédérale d'Allemagne du 20 nov. 1989, série A n° 165, § 26.

[452] La Cour affirme pour la première fois que la protection de l'article 10 comprend les expressions commerciales ou publicitaires dans l'arrêt Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann suscité.

[453] CEDH, Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, n° 10737/84.

[454] Il s'agissait, à l'époque, d'une saisie par les requérants de la Commission EDH qui a elle–même transmis l'affaire à la Cour.

[455] Arrêt Müller précité, § 27.

[456] V. *infra* p. 198 et s. pour une discussion.

des requérants et la confiscation des œuvres, prévues par le code pénal suisse, visaient à protéger la morale, ce qui constitue un but légitime selon la Convention[457]. De plus, la CEDH considère que, la morale étant une notion fluctuante et impossible à harmoniser entre les différents États parties à la Convention, une large marge d'appréciation doit être laissée en la matière aux autorités nationales[458]. Partant, elle a estimé que les restrictions exercées par la Suisse sur la liberté d'expression de l'artiste et des organisateurs de l'exposition pouvaient être considérées nécessaires dans une société démocratique et qu'il n'y avait donc pas, en l'occurrence, de violation de l'article 10.

Depuis, la liberté d'expression artistique est apparue à plusieurs reprises dans la jurisprudence de la CEDH, invoquée par des requérants victimes d'une certaine forme de censure[459], face notamment à des restrictions imposées pour protéger les droits d'autrui qui comprennent la sensibilité religieuse[460] ou le respect de l'image et de la vie privée[461].

2. L'utilisation de la liberté d'expression par le juge français

Dans les sources constitutionnelles du droit français, la liberté d'expression est protégée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui dispose que « tout Citoyen peut […] parler, écrire, imprimer librement ». Cette formulation ne fait référence qu'aux discours écrits ou oraux à l'exception d'autres formes d'expressions, en particulier de l'expression artistique et visuelle[462]. Si cette disposition pourrait être interprétée largement par

---

[457] L'art. 10 § 2 cite les buts légitimes suivants : la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sûreté publique, la protection de la santé ou de la morale, la défense de l'ordre ou la prévention du crime, la protection de la réputation ou des droits d'autrui, la sauvegarde d'informations confidentielles, la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire.

[458] La Cour affirme ainsi dans l'arrêt Müller au § 35 : « On chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des divers États contractants une notion uniforme de celle-ci. L'idée qu'ils se font de ses exigences varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre. » (V. aussi CEDH, Handyside c. Royaume-Uni, 7 déc. 1976, n° 5493/72, § 48.)

[459] Il ne s'agit pas uniquement d'œuvres d'art saisies ou interdites d'exploitation. Par exemple, dans l'arrêt Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France (22 oct. 2007, n° 21279/02 et 36448/02), les requérants ont été condamnés au paiement d'une amende pour la publication d'un roman et d'un article de journal diffamatoires.

[460] CEDH, Otto-Preminger-Institut c. Autriche, 20 sept. 1994, n° 13470/87 et Wingrove c. Royaume-Uni, 25 nov. 1996, n° 17419/90.

[461] CEDH, Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche, 25 avr. 2007, n° 68354/01.

[462] V. par exemple G. Carcassonne, « Les interdits et la liberté d'expression » *in Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 36, juin 2012 : « Constatons, en revanche, qu'elle [la liberté d'expression reconnue par la DDHC] était incomplète parce que, toute pétrie de politique, elle oubliait la création artistique, une expression à n'en pas douter, mais il est vrai que la phrase eût été moins frappante s'il avait fallu ajouter "dessiner, peindre, sculpter, composer, danser, improviser" etc. ».

la Conseil constitutionnel, ce dernier n'a pas encore eu l'opportunité de reconnaître la liberté de création dans une décision[463].

Les juridictions judiciaires[464] utilisent quant à elles l'article 10 de la Convention EDH afin de prévenir toute violation inconventionnelle de la liberté d'expression artistique. La première mention dans la jurisprudence de la Cour de cassation de la liberté de création artistique en tant que droit fondamental apparaît dans un arrêt de 1990 après de la sortie en France du film américain *La dernière tentation du Christ* réalisé par Martin Scorsese[465]. Des associations catholiques avaient alors, sans succès, demandé en référé l'interdiction du film en arguant d'une violation de la liberté religieuse. La Cour de cassation a, à cette occasion, précisé que « *le principe de la liberté d'expression, notamment en matière de création artistique*[466], d'une part, comme, d'autre part, celui du respect dû aux croyances et le droit de pratiquer sa religion étant d'égale valeur, il appartenait aux juges du fait de décider des mesures appropriées à faire respecter ce nécessaire équilibre ».

Depuis, l'article 10 de la Convention EDH a été utilisé par le juge français pour protéger la création artistique lorsque celle-ci s'oppose au droit à l'image ou à la vie privée[467] ou aux droits de propriété intellectuelle[468].

B. La création imparfaitement saisie par la liberté d'expression

Protéger la liberté de création à travers la liberté d'expression impose de ne retenir qu'une perspective partielle sur la création artistique. En effet, la liberté d'expression vise d'abord à

---

[463] Cass. crim., 12 janv. 2016, n° 15-90.020 ; Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-90.048 et Cass. Com., 26 mars 2013, n° 12-24.878.

[464] Les juridictions administratives n'ayant jamais, à notre connaissance, utilisé les notions de liberté de création ou de liberté d'expression artistique malgré quelques affaires qui abordent le sujet : CE, 30 juil. 2003, Conseil régional d'Alsace, n° 251201 et 251840 et CE, 21 juin 2018, Wikimedia France et la Quadrature du net, n° 411005.

[465] Cass. civ. 1ère, 29 oct. 1990, n° 88-19.366.

[466] Nous soulignons.

[467] Par exemple, CA Paris, 5. nov. 2008, n° 07/10198. Suite à la publication d'un ouvrage de photographie par François-Marie Bannier, l'une des modèles, photographiée à son insu, a attaqué le photographe et sa maison d'édition arguant d'une violation de son droit à la vie privée et de son droit à l'image. La Cour d'appel rappelle que « la protection des droits d'autrui et la liberté d'expression artistique revêtent une identique valeur et qu'il convient de rechercher leur équilibre et de privilégier une solution protectrice de l'intérêt le plus légitime » tout en faisant triompher en l'espèce la liberté d'expression.

V. aussi TGI Paris, 17ème ch., 9 mai 2007, n° 06/03296 et 25 juin 2007, n° 06/10149 sur le même ouvrage de François-Marie Bannier ainsi que CA Paris, ch. 14 B, 5 oct. 2007 n° 07/04603 à propos de photos de David Hamilton.

[468] Cass. civ. 1ère, 30 janv. 2007, n° 0415.543 ; Cass. civ. 1ère, 15 mai 2015, n°13-27391 ; Cass. civ. 1ère, 22 juin 2017, n° 15-28467 et 16-11759.

protéger un discours ou un message. Or, une œuvre d'art ne comporte pas forcément de message explicite. De ce fait, il est possible d'observer, aussi bien dans la jurisprudence de la CEDH (1) que dans les pratiques des juridictions françaises (2), qu'il existe une certaine inadéquation entre la définition d'« expression » qui semble découler de l'article 10 de la Convention EDH et les formes d'expression privilégiées par les artistes.

1. La jurisprudence de la CEDH

Dans la mesure où la garantie de la liberté d'expression par la jurisprudence de la CEDH concerne au premier chef la protection d'un message (α), elle semble, à ce titre, peu appropriée aux arts visuels, et à l'art contemporain en particulier (β).

α.. Le message privilégié sur la forme

Si une œuvre d'art fait passer un message, c'est de façon métaphorique et allusive. De plus, il est tout à fait possible que l'œuvre ne porte aucun message (ou du moins aucun message intelligible), que ce soit par une volonté délibérée de l'artiste – des théories littéraires de l'Art pour l'Art au XIXe siècle au minimalisme de l'art contemporain des années 1960, de nombreux artistiques privilégient la forme par rapport au sens de l'œuvre – ou par effet des circonstances de la création – nous pouvons penser ici à l'art brut qui s'est constitué au sortir de la Seconde Guerre mondiale à travers la réalisation d'œuvres par des patients d'hôpitaux psychiatriques.

Cependant, la CEDH refuse de prendre en compte la portée esthétique ou symbolique d'une œuvre. Par exemple dans l'affaire Müller, la Cour se refuse à considérer l'œuvre litigieuse sous l'angle de son aspect artistique mais restreint au contraire son examen du tableau aux motifs qui y sont représentés, en l'occurrence des actes sexuels, qui sont considérés « toute appréciation esthétique ou symbolique mise à part »[469]. Pourtant, cette dimension non explicite,

[469] CEDH, Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, n° 10737/84, § 31.

Il est aussi possible de noter que la CEDH peut sembler reconnaître la forme des expressions lorsqu'elle déclare : « outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 (art. 10) protège leur *mode de diffusion* » (en anglais *« the form in which they are conveyed »*). V. CEDH, Oberschlick c. Autriche, 23 mai 1991, n° 11662/85, § 5 (ainsi que, par exemple, CEDH, Jersild c. Danemark, 23 sept. 1994, n° 15890/89, § 31 et De Haes et Gijsels, 24 fév. 1997, n° 19983/92, § 48) pour des affaires de presse. La même expression est utilisée dans des affaires qui concernent des œuvres littéraires : CEDH, Alinak c. Turquie, 29 juin 2005, n° 40287/98, § 43 et Karataş c. Turquie, 8 juil. 1999, § 49. Cependant, il semble que dans toutes ces affaires, l'expression n'est pas employée pour désigner une forme artistique ou esthétique mais plutôt pour protéger le ton (notamment le ton satirique ou polémique) avec lequel le message est véhiculé. Ainsi, la notion de forme se rapporte là aussi au discours ou au message, et non à la dimension symbolique de l'expression.

Enfin, il semble pouvoir y avoir un certain degré de prise en compte du caractère artistique par la CEDH comme dans l'arrêt Alinak précité, rendu à propos de la confiscation par la Turquie d'un roman inspiré de faits réels dénonçant les sévices infligés par l'armée à des villageois kurdes, § 45 : « Ainsi, même si certain des passages du

qui relève de l'ineffable, fait pleinement partie de l'œuvre d'art (visuelle en particulier) et aide à faire passer l'éventuel message de l'artiste. Au contraire, la Cour ne semble protéger l'expression artistique que dans sa dimension concrète, dans la mesure où il peut s'en dégager un message objectivable. Ainsi, toujours dans l'affaire Müller, le rapport de la Commission déclare, pour justifier de la protection de l'expression artistique par l'article 10 de la Convention EDH, que « de par son activité créatrice, l'artiste exprime non seulement sa vision personnelle du monde, mais aussi l'idée qu'il se fait de la société dans laquelle il vit »[470]. Ce n'est donc que parce que l'œuvre d'art véhicule – ou est capable de véhiculer – un message, et en particulier un message politique ou social, qu'elle peut être considérée comme un mode d'expression protégé.

Ainsi, la protection de la liberté artistique par la liberté d'expression, et notamment par la liberté d'expression telle qu'elle est utilisée par la CEDH, conduit à protéger le fond du message davantage que sa forme, quand bien même la forme revêtirait une importance particulière pour expression artistique – ce qui est le cas en particulier pour l'expression artistique plastique et visuelle.

β.. Le biais prononcé pour les œuvres d'art visuel

L'affirmation selon laquelle la jurisprudence de la CEDH, centrée sur la protection du message, peut être limitée pour la protection de l'expression artistique vaut pour toutes les œuvres – toutefois elle se révèle encore plus appropriée dans le cas des œuvres d'art visuel[471].

Certes, les œuvres d'art constituées d'un discours parlé (dans le théâtre ou le cinéma) ou écrit (en littérature) sont différentes des messages informatifs ou exprimant directement une opinion comme par exemple les articles de presse. Elles comportent une dimension esthétique importante – qui peut être constitutive de l'œuvre, notamment dans la poésie – et sont en général des œuvres de fiction qui n'ont pas vocation à intervenir directement dans le débat public. Pourtant, ce sont des énoncés et, en tant que tel, elles sont plus facilement rattachées à la liberté

---

livre [litigieux] sont d'un ton très agressif, la cour considère que leur nature artistique et leur impact limité les réduit à une expression de grande détresse face à des événements tragique, plutôt qu'à un appel à la violence » (notre traduction). Il paraîtrait pourtant dans ce cas que le caractère artistique n'est pas pris en compte en tant que forme particulière et symbolique d'expression du message, mais uniquement pour en mesurer son impact sur l'ordre public.

[470] CEDH, Commission, 8 oct. 1986, n° 10737/84, § 70.

[471] Soit les genres artistiques qui se caractérisent par une stimulation de la vue plus que d'autres sens et ne comprennent généralement pas d'énoncé (beaux-arts, danse, performance). La même remarque serait d'ailleurs valable pour la musique qui se passe aussi d'énoncé.

d'expression car il est plus facile d'en tirer un message protégeable. D'ailleurs, la liberté d'expression à régulièrement été invoquée dans des décisions de la CEDH relatives à des œuvres littéraires[472] alors qu'il existe moins de cas impliquant les arts visuels. En effet, mis à part l'arrêt Müller déjà évoqué, une seule décision de la CEDH, rendue en 2007 à l'occasion de l'affaire Vereinigung Bildender Künstler[473], concerne véritablement une œuvre d'art plastique.

Or, dans le domaine de l'art visuel, la dimension esthétique d'une œuvre est fondamentale en ce que celle-ci est souvent caractérisée davantage par sa forme que par son éventuel message[474]. Par ailleurs, le message que l'artiste peut chercher à faire passer est rarement accessible immédiatement et doit être dégagé par un travail d'interprétation qui se révèle souvent plus incertain que celui à réaliser en matière d'herméneutique des œuvres littéraires.

Pourrait-on considérer, à l'opposé de cet argument, que l'art tend, depuis les débuts de l'art contemporain, à se résumer à un discours ? Par exemple, Nathalie Heinich, explique son choix de ne pas inclure de reproductions d'œuvre dans son ouvrage, *Le paradigme de l'art contemporain*, par le fait que l'art contemporain « se raconte beaucoup plus qu'il ne se montre »[475]. Effectivement, cela correspond à l'ambition de certains artistes, notamment les artistes se revendiquant du courant de l'art conceptuel, qui cherchent à réduire l'aspect visuel de leurs œuvres. Ainsi, le groupe d'artistes britannique *Art and Language*, fondé à la fin des années 1960, appréhendait l'art comme une réflexion théorique sur l'art et produisait des œuvres sous forme de discours (textes, conversations, etc.). Joseph Kosuth, artiste américain associé à ce courant, estime que « les propositions artistiques ne sont pas factuelles mais de caractère linguistique : c'est-à-dire qu'elles ne décrivent pas le comportement d'objets

---

[472] CEDH, Karataş c. Turquie, 8 juil. 1999 ; Alinak c. Turquie, 29 juin 2005, n° 40287/98, Ulusoy et autres c. Turquie, 3 mai 2007, Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France, 22 oct. 2007, n° 21279/02 et 36448/02, n° 34797/03, Akdaş c. Turquie, 16 mai 2010, n° 41056/04, Almeida Leitão Bento Fernandes c. Portugal, 12 juin 2015, n° 25790/11.

[473] CEDH, 25 avr. 2007, Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche, n° 68354/01, qui concernait un tableau composé de collages.

Il serait possible de lui ajouter les affaire Otto-Preminger-Institut c. Autriche (CEDH, 20 sept. 1994, n° 13470/87) et Wingrove c. Royaume-Uni (25 nov. 1996, n° 17419/90), à propose d'œuvres de cinéma expérimental.

[474] *Contra* v. N. Heinich sur l'allographisation de l'art contemporain qui ne se regarde pas mais s'énonce : *Le paradigme de l'art contemporain - Structure d'une révolution artistique*, Gallimard, 2014, p. 174 et s. La nuance intéressante mais, d'une part, même l'art contemporain peut être extrêmement visuel et s'adresser aux sens. De plus, le sens donné aux œuvres reste toujours ouvert et sujet à l'interprétation.

[475] N. Heinich, *Le paradigme de l'art contemporain,* Gallimard, 2014, p. 153.

tangibles, voire d'objets psychiques ; elles expriment des définitions de l'art ou les conséquences formelles de ses définitions »[476].

Toutefois, ces propos décrivent une conception et une pratique très particulière de l'art et ne peuvent être généralisés à l'art contemporain en son entier. D'ailleurs, ce postulat, s'il cherche à s'étendre au-delà du cas particulier de l'art conceptuel à l'extrême, s'avère critiquable. Ainsi, l'historienne de l'art britannique Mary Kelly réfute l'analogie entre art et langage avancée par Kosuth. Selon elle, l'image est fondamentalement différente du texte en ce qu'elle n'est pas « doublement articulée »[477]. Cela signifie que, contrairement au texte qui repose sur le langage de façon non pas coïncidente mais intrinsèque et a donc le pouvoir de s'analyser lui-même, l'œuvre d'art visuelle ne peut pas se commenter elle-même[478] – ce qui laisse une marge d'interprétation plus large au récepteur.

De plus, selon une intéressante analyse de la professeure américaine Amy Adler, l'image possède un pouvoir plus immédiat que le texte, un pouvoir anxiogène du fait qu'elle soit plus directement adressée aux sens et moins au raisonnement et frappe ainsi davantage l'esprit du récepteur. C'est cet aspect irrationnel de l'image qui pourrait expliquer une certaine réticence ou incapacité du droit à protéger l'expression visuelle au même titre que l'énoncé[479].

L'expression artistique est traitée par la CEDH comme si elle pouvait être réduire à un discours intelligible et cohérent. Pourtant, la protection de l'œuvre d'art par l'intermédiaire du message que celle-ci transmet au public peut s'avérer inadaptée et, en tous les cas, largement incomplète en ce qu'elle ignore les aspects spécifiques de l'expression artistique – sa dimension esthétique

---

476 J. Kosuth, « L'art après la philosophie » *in* G. Herrmann, F. Reymond et F. Vallos (dir.), *Art conceptuel. Une entologie*, Editions Mix., 2008, p. 432.

477 M. Kelly, « Re-viewing Modern Criticism » *in Screen*, vol. 22, n° 3, 198, p. 49.

478 *Ibid.* L'auteure affirme : « Le langage verbal est le seul système de signification qui a la capacité de s'analyser lui-même. Ainsi l'œuvre d'art, par rapport à sa structure interne, n'a pas les moyens de se définir elle-même comme art. Cela ne veut pas dire qu'à moins qu'un texte artistique ne comprenne un message écrit, il appartient à une sphère de déterminants extra-discursifs, "purement visuels", mais plutôt que le texte est informé par les opérations discursives au niveau de sa conception, de sa production et de sa réception d'une manière qui n'est ni antérieure, ni dérivée du langage, mais coïncidant avec lui. » (traduction libre de l'anglais)

479 Cette analyse est détaillée dans A. Adler, « The Thirty-Ninth Annual Edward G. Donley Memorial Lectures: The Art of Censorship », *in West Virginia Law Revue*, vol. 103, n° 205, 2000, p. 205. L'auteure y explique notamment, p. 217 : « Les images visuelles sont souvent perçues comme plus puissantes et moins contrôlables qu'un discours verbal. Elles ne cadrent pas avec notre conception actuelle d'un débat d'idées raisonné et rationnel. Je suggère que cette absence d'ajustement ne devrait pas nous amener à exclure les images de la protection du Premier Amendement, mais plutôt nous pousser à repenser le modèle exigu du Premier Amendement auquel nous nous cramponnons actuellement. Un modèle de liberté d'expression ne devrait-il pas protéger l'expression en particulier lorsque celle-ci est puissante et capable de provoquer des réactions intenses ? » (traduction libre de l'anglais).

et symbolique. Comme le souligne Agnès Tricoire, « réduire [l'œuvre] à un discours c'est, toujours, l'instrumentaliser »[480], ce qui expliquerait la pertinence d'un droit à la liberté de création artistique protégé indépendamment de la liberté d'expression.

2. La pratique des juridictions françaises

Le biais défavorable aux œuvres visuelles des juridictions françaises est particulièrement observable dans un domaine spécifique, celui de la mise en balance de la liberté d'expression et du droit d'auteur, lorsqu'un artiste utilise une œuvre préexistante – sans l'autorisation de son auteur – pour en faire une œuvre nouvelle. Depuis le célèbre arrêt Klasen, rendu par la Cour de cassation le 15 mai 2015[481], les juridictions du fond doivent effectuer un contrôle de proportionnalité pour vérifier si une condamnation en contrefaçon du second artiste ne constituerait pas une restriction disproportionnée de son droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention EDH. Or, la pratique des juridictions du fond suite à cet arrêt, révélée dans des décisions qui restent en nombre limité, montrent que celles-ci s'attachent à vérifier si l'utilisation de l'œuvre première était indispensable pour faire passer le message de véhiculé par l'œuvre seconde.

Cette tendance peut s'observer notamment dans la décision de la cour d'appel de Versailles rendue sur renvoi après l'arrêt Klasen[482]. Dans cet arrêt concernant l'utilisation de photographies publicitaires dans un collage réalisé par un artiste plasticien, la cour a considéré qu'une condamnation de l'artiste second ne portait pas une atteinte disproportionnée à son droit à la liberté d'expression. Elle a en effet relevé que l'artiste aurait dû « établir en quoi un juste équilibre entre la protection de [sa liberté d'expression] et celle due au droit du photographe *imposait* qu'il utilisât les œuvres de ce dernier »[483] – ce qu'il n'est en l'espèce pas parvenu à faire, amenant la cour d'appel à remarquer « qu'il aurait pu tout aussi bien utiliser d'autres photographies publicitaires du même genre » pour véhiculer son message de critique du consumérisme.

Le même raisonnement peut s'observer dans les décisions rendues sur l'utilisation, par l'artiste contemporain Jeff Koons, d'une photographie d'enfants qu'il a adaptée en sculpture. Le tribunal de grande instance de Paris a condamné l'artiste pour contrefaçon en estimant qu'il ne pouvait

---

480 A. Tricoire, « L'autonomie de la liberté de création ? » *in Legicom*, n° 58, 2017, p. 53.

481 Cass. civ. 1ère, 15 mai 2015, n° 13-27391.

482 CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029.

483 Nous soulignons.

se prévaloir d'une atteinte disproportionnée à son droit à la liberté d'expression puisqu'il était incapable de justifier « en quoi en l'espèce il était nécessaire à l'artiste pour véhiculer son discours de choisir les enfants du portrait "Enfants" [la photographie reprise] »[484]. La décision a été confirmée par la cour d'appel de Paris, qui a noté que, pour faire passer son message d'acceptation de soi et de ses désirs, Jeff Koons « pouvait utiliser une autre œuvre que la photographie [de l'intimé] »[485].

Ces décisions sont assez critiquables en ce qu'elles recherchent, pour effectuer une balance des intérêts, si l'utilisation de ces œuvres premières particulières (et non d'autres œuvres similaires) était indispensable à la réalisation de l'œuvre de l'artiste second. Ces juridictions utilisent ainsi un critère de substituabilité qui ne découle pas de la jurisprudence de la CEDH et constitue une restriction indue de la liberté d'expression artistique[486]. Il ne s'agit nullement ici d'arguer que la liberté d'expression de l'artiste devrait, dans l'absolu, l'emporter sur le droit d'auteur d'un tiers – cela doit évidemment dépendre des circonstances de l'espèce. Pour atteindre une balance des intérêts dans un cas d'espèce donné, il serait souhaitable que d'autres critères puissent être pris en compte en parallèle par les juridictions (par exemple l'importance de l'expression dans une société démocratique ou l'ampleur de la sanction encourue). Cependant, ce critère de substituabilité, parce qu'il semble être utilisé comme seul (ou du moins comme principal) facteur de décision, ne permet pas véritablement d'effectuer un contrôle de proportionnalité en ce que l'absence de substituabilité serait quasiment impossible à démontrer[487] : il en résulte que la liberté d'expression ne peut jamais, de fait, être protégée face au droit d'auteur.

Ces décisions illustrent aussi le fait que la liberté d'expression peut être inadaptée pour protéger les œuvres d'art visuel. En effet, en utilisant ce critère de substituabilité, les juridictions françaises favorisent, davantage encore que la CEDH, le message par rapport l'aspect esthétique de l'œuvre. Elles exigent que les artistes démontrent que l'utilisation d'une œuvre première spécifique était indispensable à établir le message véhiculé par l'œuvre seconde, donc qu'ils

---

[484] TGI Paris, 9 mars 2017, n° 15/01086.

[485] CA Paris, 17 déc. 2019, n° 152/2019. La juridiction note aussi qu'« il n'est pas établi que l'utilisation sans autorisation de la photographie de Jean- François BAURET, qui porte atteinte à ses droits et à ceux de ses ayant droits, par Jeff KOONS était *nécessaire à l'exercice de sa liberté d'expression artistique*, y compris dans sa dimension de réflexion d'ordre social, et justifie l'appropriation ainsi faite d'une œuvre protégée » (nous soulignons).

[486] En ce sens, v. V. L. Benabou, « Klasen : quand le contrôle de proportionnalité des droits dégénère en contrôle de nécessité des œuvres » *in Dalloz IP/IT*, 2018, p. 300.

[487] *Ibid.* : « Mais la position adoptée par les juges ajoute une exigence qui confine à la censure ; celle de justifier le "pourquoi" de l'utilisation d'une œuvre première dans une œuvre seconde, justification aussi impossible au plan probatoire qu'intolérable du point de vue de la liberté d'expression artistique. »

justifient de la nécessité d'utiliser une certaine forme au service du « fond » de l'œuvre. Or, cela présuppose, tout d'abord, que les œuvres soient sous-tendues par un discours – disqualifiant ainsi les œuvres d'art purement esthétiques qui ne transmettent pas de message particulier. De plus, cela introduit un contrôle sur la façon de faire passer l'éventuel message de l'artiste. En estimant qu'il serait possible de justifier du caractère indispensable de l'utilisation d'une certaine œuvre en particulier, les juridictions considèrent qu'un message doit être véhiculé par un aspect visuel en particulier. Or, au contraire, l'image est par nature polysémique[488].

Enfin, ce critère amène les juges à se concentrer sur le message à faire passer. En effet, ils doivent vérifier, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, que le message de l'artiste ne peut se déduire que d'une certaine forme donnée (forme qui utiliserait une œuvre protégée). Cela implique que la liberté d'expression protège, face au droit d'auteur d'autrui, le message qui sous-tend l'œuvre mais pas les choix esthétiques de l'artiste. C'est d'ailleurs pourquoi Peter Klasen, dans l'arrêt de la cour d'appel de Versailles évoqué plus haut, essaie de prouver, sans parvenir à convaincre la juridiction, que son choix d'utiliser les photographies de mode était motivé par le besoin d'exprimer une réflexion sociale et que « leur utilisation n'avait donc pas un but strictement esthétique »[489]. Ainsi, une forme d'expression choisie pour des raisons artistiques, et qui ne serait pas justifiée par le message que l'œuvre véhicule, ne pourrait jamais être protégée.

Puisque la liberté artistique ne semble qu'imparfaitement protégée par la liberté d'expression telle qu'elle est interprétée aussi bien par la CEDH que par les juridictions nationales, il est possible de se demander si une protection autonome de la liberté de création artistique pourrait s'avérer plus pertinente ou plus efficace.

[488] En ce sens, v. les développements *supra* p. 153.
V. aussi V. L. Benabou, *op. cit.,* qui estime que « « la référence aux œuvres substituables semble faire de la création un bien fongible, à rebours de ce qui en fait l'essence ».
[489] CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029.

Paragraphe 2. L'effectivité discutable d'une liberté de création autonome

La protection de la liberté de création, indépendamment de la liberté d'expression, est affirmée par les textes mais reste toute symbolique, que ce soit en droit international (A) ou en droit français (B).

A. La liberté de création dans les traités internationaux

Quelques textes internationaux évoquent des principes voisins de la liberté de création. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dispose ainsi de droits culturels. Son article 27 déclare que « toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent », ce qui relève davantage des droits culturels – puisque le texte évoque également le droit du public à prendre part à la vie culturelle – que d'un droit individuel du créateur. Selon Agnès Tricoire, ce texte « propose une règle indispensable pour lutter contre la censure » en incluant le public et les créateurs dans la même disposition[490]. Ce texte n'a pourtant pas de portée contraignante en France : ainsi, le Conseil d'État a pu affirmer qu'elle était dépourvue de valeur normative[491].

À ce texte peuvent s'ajouter d'autres dispositions internationales faisant référence à la création, sans préciser son éventuelle nature artistique : l'article 15 (3) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966[492] et l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966[493]. Il est également possible de noter la *Recommandation relative à la condition de l'artiste* de l'Unesco du 27 octobre 1980, dépourvue de valeur normative, qui déclare que « les États membres, reconnaissant le rôle essentiel de l'art dans la vie et le développement de la personne et de la société, se doivent en conséquence de protéger,

[490] V. A. Tricoire, *Petit traité de la liberté de création*, La Découverte, 2011, p. 16-17.

[491] CE, 23 novembre 1984, Roujansky et autres, n° 60106.

[492] Entré en vigueur le 3 janvier 1976 : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices ».

[493] Entré en vigueur le 23 mars 1976, prévoit quant à lui que : « Toute personne a droit à la liberté d'expression », qui « comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières sous formes orale, écrite, imprimée ou artistique [...] ».

défendre et aider les artistes et leur liberté de création »[494]. Aucun de ses textes n'est toutefois à même de fonder une liberté de création applicable en droit français.

En revanche, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne évoque la liberté de l'art dans son article 13 : « Les arts et la recherche scientifique sont libres ». Bien que cette disposition relativement récente n'ait pas fait l'objet de nombreuses utilisations, il nous est possible de remarquer, dans une décision du tribunal administratif de Paris, une affirmation selon laquelle ce texte européen pose « le principe de la liberté artistique »[495]. Il s'agissait certes, en l'occurrence, d'une décision de portée mineure rendue par une juridiction du fond. De plus, l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union était une disposition utilisée parmi d'autres. Cependant, la décision cite ce texte au même titre que l'article 10 de la Convention EDH (également visé par le tribunal) pour fonder pour fonder un principe fort, celui de « la liberté artistique ». L'article 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, qui est d'ailleurs un texte spécifique que l'article 10 de la Convention EDH en ce qui concerne la création et l'expression artistique, est ainsi assurément un fondement potentiel à de futures décisions en matière de liberté artistique.

B. La liberté de création en droit français

La liberté de création artistique n'est pas protégée en tant que telle par la Constitution française[496] ; c'est notamment pour cela qu'elle est incluse dans la loi LCAP du 7 juillet 2016. Le premier chapitre de cette loi est consacré à la liberté de création à commencer par son premier article qui déclare, pour la première fois dans un texte juridique interne que « la création artistique est libre ». Par cette disposition, la liberté de création se voit reconnaître une protection indépendante de celle accordée à la liberté d'expression car ce texte ne désigne pas

[494] Unesco, *Recommandation relative à la condition de l'artiste,* 27 octobre 1980, Principe directeur n° 3.

[495] TA Paris, 4 oct. 2018, n° 1711134/5-1, § 9 : « Ces dispositions [dont l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne], qui posent le principe de la liberté artistique, ne font pas obstacle à ce que le code du travail prévoit que la licence d'entrepreneur de spectacles vivants est délivrée pour une durée de trois ans renouvelable, dès lors que cela est justifié par des motifs impérieux d'intérêt général ». V. aussi TA Montreuil, 20 mars, 2018, SASU Inter Pro, n° 1701533.

[496] Contrairement aux Constitutions de nombreux autres pays (Autriche, Chine, Espagne, etc.) cités dans : Sénat, Direction de l'initiative parlementaire et des délégations, *La liberté de création artistique*, Étude de législation comparée n° 261, janvier 2016,

un message mais une forme artistique. Le texte reconnaît donc, de façon notable, la différence conceptuelle entre liberté d'expression et de création[497].

Cependant, cette loi symboliquement forte ne semble pas avoir de véritable portée pratique. La liberté artistique est déjà protégée en France au travers de la liberté d'expression et cette nouvelle loi – du moins son premier article dont la formulation est purement déclarative – ne paraît pas apporter de protection supplémentaire. En effet, la liberté d'expression est un droit fondamental protégé aux niveaux constitutionnel et international, ce qui n'est pas le cas de la liberté de création qui fait l'objet du texte. L'étude d'impact de la loi le précise ainsi :

> « La mesure proposée a une indéniable portée normative puisqu'elle porte sur un droit, même si cette reconnaissance aura davantage de portée symbolique que pratique. […] Cette reconnaissance par le législateur ne va pas modifier substantiellement l'état du droit dans la mesure où la liberté artistique a toujours été appréhendée par l'intermédiaire de la liberté d'expression qui peut se prévaloir d'un ancrage constitutionnel et constitue l'un des droits fondamentaux. »[498]

En définitive, malgré les différences conceptuelles évoquées plus haut, la liberté d'expression semble en pratique un bon outil pour protéger la création artistique, notamment parce que c'est souvent, dans les faits, l'expression qui est attaquée[499]. Elle le demeure avec l'introduction de ce nouvel article, qui ne constitue par une évolution fondamentale à ce titre. De plus, la loi n'accorde aucun nouveau droit aux artistes comme le précise son article 2 : « La diffusion de la

---

[497] Ainsi, l'exposé des motifs du Projet de loi relatif à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine justifie l'article 1er : « La formalisation juridique de cette reconnaissance répond à l'exigence de prise en compte de la création artistique comme liberté fondamentale reconnue par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui fait explicitement référence au fait que "ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées ou d'opinions indispensables à une société démocratique" (Cour européenne des droits de l'homme, 24 mai 1988, Müller c/Suisse) ».

[498] Étude d'impact du Projet de loi relatif à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine, 7 juil. 2015, p. 14.

[499] P. Mouron, « La liberté de création artistique au sens de la loi du 7 juillet 2016 » *in Revue des droits et libertés fondamentaux* [en ligne], chon. n° 30, 2017, [revuedlf.com/droit-fondamentaux/la-liberte-de-creation-artistique-au-sens-de-la-loi-du-7-juillet-2016], remarque que « bien que la liberté de création artistique semble autonome sur le plan conceptuel, sa mise en œuvre pratique la rapproche inéluctablement de la liberté d'expression » ; D'une part par qu'« il est rare qu'un auteur crée sans la volonté de communiquer ses œuvres au public », d'autre part parce que les domaines traditionnels des arts et des médias sont « parfaitement imbriqués » et peuvent utiliser les mêmes procédés de diffusion.

création artistique est libre. Elle s'exerce dans le respect des principes encadrant la liberté d'expression »[500].

Ce deuxième article de la loi LCAP créée certes un nouveau délit d'entrave à la liberté de création. Cette infraction, introduite à l'article 431-1 du code pénal, punit « le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté de création artistique ou de la liberté de la diffusion de la création artistique » et s'ajoute ainsi au délit d'entrave à la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation déjà visé par le même article. Pourtant, si la symbolique de cette nouvelle incrimination est importante, sa portée effective reste incertaine. Il apparaîtrait que sa mise en œuvre par le ministère public pourrait être difficile, en particulier du fait de l'exigence de concertation que pose le texte[501].

La portée de ces nouveaux textes est donc principalement symbolique. Leur faible effectivité juridique ne les rend pourtant pas forcément inutiles en ce qu'ils peuvent constituer un point de référence pour l'appréciation des œuvres d'art par les juges[502]. De plus, ces nouvelles dispositions pourraient constituer un message encourageant pour les acteurs du monde de l'art et entraîner ainsi un effet sur les pratiques d'autocensure. En effet, il serait possible d'observer une recrudescence de telles pratiques de la part des artistes – bien qu'il soit impossible d'obtenir des données factuelles sur ce sujet puisqu'il s'agirait précisément d'œuvres qui n'ont jamais été créées ou diffusées[503] – ainsi que des musées et galeries. Les institutions exposantes, fortement impressionnées par certaines affaires judiciaires médiatiques – et notamment par les longues poursuites pénales dont ont fait l'objet, dans les années 2000, les conservateurs de l'exposition « Présumés innocents »[504] – peuvent être

---

[500] Ce qui est d'ailleurs critiqué par A. Tricoire, jugeant cet ajout inutile, dans « L'autonomie de la liberté de création ? » *in Legicom*, n° 58, 2017, p. 53.

[501] V. A. Lepage, « Un nouveau délit d'entrave dans le Code pénal : l'entrave à la liberté de la création artistique », *in Legicom,* n° 58, 2017, p. 55-64.

[502] V. *Etude d'impact du Projet de loi relatif à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine*, 7 juil. 2015, p. 14.

V. aussi notamment sur les éventuelles conséquences en droit d'auteur, P. Sirinelli, « Premières vues sur la loi Création » *in Dalloz IP/IT*, 2017, p. 193 : « Il y a, dans la loi Création des proclamations (art. 1er : « La création artistique est libre ») qui marquent les esprits et ne seront sans doute pas sans impact sur la mise en oeuvre du droit d'auteur ».

[503] Il semble pourtant y avoir un sentiment en ce sens de la part de juristes proches des milieux artistiques. V. par exemple M. Lhotel, « L'autocensure » *in* E. Pierrat (dir.), *Le livre noir de la censure*, Seuil, 2016.

[504] L'exposition « Présumés innocents » avaient été organisée au CAPC, musée d'art contemporain de Bordeaux, en 2000. Elle rassemblait des œuvres de nombreux artistes d'art contemporain sur le thème de l'enfance, dont des représentations dénudées ou sexualisées d'enfants et d'adolescents.

Une procédure fut initiée par l'association de défense de l'enfance La Mouette à l'encontre des commissaires de cette exposition sur le fondement des articles 227-23 et 227-24 du code pénal, Les commissaires d'exposition

excessivement prudentes quant aux œuvres qu'elles choisissent de montrer ou mettre en place des restrictions d'accès drastiques pour les mineurs[505]. La LCAP, loi symboliquement forte, constitue donc un signal positif qui pourrait éventuellement limiter les pratiques d'autocensure des acteurs du monde de l'art et les procédures judiciaires à leur encontre.

*

La création artistique est un acte difficile à appréhender, en particulier lorsqu'il s'agit de la définir seule, en la distinguant de la diffusion de l'œuvre au public. Cependant, il s'agit aussi d'un acte qu'il est utile de protéger spécifiquement en ce que, contrairement à la représentation culturelle de l'artiste solitaire créant dans un espace strictement privé, la création peut, non seulement se confondre avec la diffusion, mais aussi être un processus social et régulé par le droit.

Or, la liberté de création artistique est principalement protégée, en droit positif, par le biais du principe de liberté d'expression, reconnue en particulier par l'article 10 de la Convention EDH. Cette protection présente toutefois des limites tenant aux spécifiés de l'expression artistique, et plus particulièrement de l'expression artistique visuelle, dont les attributs (importance de l'aspect esthétique et symbolique, par exemple) s'accordent mal avec la notion d'expression et l'usage qui en est fait par la CEDH qui se concentre sur le message politique ou social éventuellement véhiculé par l'œuvre d'art.

C'est pourquoi une protection spécifique de la création artistique, et de sa diffusion, telle que celle qui est proposée depuis 2016 par la loi LCAP, nous semble souhaitable quand bien même

---

firent l'objet d'une longue instruction qui prit fin avec l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Bordeaux du 2 mars 2010, décidant de l'abandon des poursuites, et l'arrêt de rejet de la Cour de cassation confirmant cette décision (Cass. crim., 2 mars 2011, n° 10-82.250).

V. par exemple, pour un commentaire juridique de l'affaire, D. Lefranc, « L'art affolant : qu'est-ce qu'une œuvre pornographique ? » *in Juris art etc.*, n°22, 2015, p.18.

[505] Ainsi l'exposition des photographies de Larry Clark au Musée d'art moderne de Paris en 2010 était entièrement interdite d'accès aux mineurs.

Cette décision fût très critiquée. V. par exemple la lettre publique de l'Observatoire de la liberté de création de la Ligue des droits de l'Homme à la Mairie de Paris disponible en ligne [https://www.ldh-france.org/Lettre-publique-de-l-Observatoire/] et à laquelle se sont associées plusieurs syndicats et associations d'artistes et l'article d'E. Treppoz, « Exposition de Larry Clark : de l'exception artistique en droit pénal » *in Le Monde*, 18 oct. 2010.

la portée concrète de ce dernier texte paraît limitée, car elle permet de reconnaître les spécificités de cette forme d’expression.

CHAPITRE 2. UNE LIBERTE DE CREATION LIMITEE

La liberté de création est ainsi protégée au travers de la liberté d'expression visée à l'article 10 de la Convention EDH. Ce droit à la liberté d'expression, malgré sa grande importance dans un régime démocratique, est un droit conditionnel. Ainsi, les droits protégés par la Convention sont souvent subdivisés en deux ensembles : les droits intangibles – tels que le droit à la vie (protégé par l'article 2) ou le droit à ne pas subir de tortures ou de traitements dégradants (protégé par l'article 3) – auxquels il ne peut jamais être dérogés et les droits conditionnels, dont fait partie le droit à la liberté d'expression[506]. Ces derniers peuvent être restreints pas les États selon le jeu des exceptions prévues par la Convention. Le droit à la liberté d'expression peut donc être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux et connaître des limites dans les conditions précisées au second paragraphe de l'article 10. Nous cherchons ici à déterminer comment ces limites encadrent l'exercice de la liberté d'expression, et en particulier de l'expression artistique. De plus, il convient de s'interroger sur les normes externes auxquelles la liberté d'expression peut être confrontée ainsi que sur leur influence éventuelle sur la création d'œuvres d'art corporel.

Ce chapitre vise ainsi à préciser les limites juridiques que rencontre la liberté de création et à examiner celles qui pourraient plus spécifiquement avoir un impact sur l'art corporel. Ces limites sont, d'une part, celles apportées par la jurisprudence européenne et nationale à la liberté d'expression dans son ensemble, qui pourrait être qualifiées de limites internes propres à l'exercice de cette liberté tel qu'encadré par la CEDH (section 1) ; d'autre part, celles issues d'autres droits fondamentaux, en particulier du respect de la dignité humaine, qui peuvent venir faire obstacle à la liberté de création, notamment en matière d'art corporel (section 2).

[506] Cette distinction est déduite de l'article 15 §2 de la Convention qui liste les dispositions – « l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7 » – auxquelles les États ne peuvent déroger même en cas de circonstances exceptionnelles.

V. par exemple F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme,* PUF, 2012, p. 25, et J.-F. Renucci, *Introduction générale à la Convention européenne des Droits de l'Homme - Droits garantis et mécanisme de protection*, Editions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 10.

Une critique du critère d'« indérogeabilité » comme fondement d'une hiérarchie entre les droits protégés (sans nier que certains droits peuvent être traités comme des droits « prioritaires » dans la jurisprudence de la CEDH) est proposée par M. Afroukh, « Une hiérarchie entre droits fondamentaux ? Le point de vue du droit européen » *in RDLF*, 2019, chron. n° 43.

SECTION 1. Une protection hiérarchisée de la liberté d'expression

Nous centrerons ici notre propos sur les limites de la protection de la liberté d'expression issue de l'article 10 de la Convention EDH, dans la mesure où, comme nous l'avons observé à la précédente section, c'est en pratique à travers cette protection que la liberté de création artistique est elle-même protégée.

À ce titre, outre que toutes les formes d'expression ne bénéficient pas du même degré de protection (§1), la CEDH reconnaît aux États une large marge de manœuvre pour limiter, à travers des considérations d'ordre moral, la liberté d'expression (§2).

Paragraphe 1. Une hiérarchie interne à la liberté d'expression

Bien que le droit à la liberté d'expression ne soit pas inconditionnel, la CEDH a reconnu le rôle particulièrement important qu'il joue pour le bon fonctionnement de la démocratie[507], affirmant à ce titre en 1976 dans sa décision Handyside que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »[508]. La CEDH fait ainsi toujours référence, dans ses décisions relatives à la liberté d'expression, à son souci de préserver la démocratie et le pluralisme des opinions dans les États parties à la convention.

La CEDH interprète l'article 10 comme s'appliquant à tout type d'expression, sans distinction de forme, de genre ou de contenu[509]. Cependant, et si toutes les expressions sont protégées, la Cour établit tout de même une hiérarchie en fonction de leur importance respective dans une société démocratique[510].

---

[507] V. M. Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme*, Bruylant, 2011, p. 212 et s. qui démontre l'importance hiérarchique de la liberté d'expression malgré son statut de droit conditionnel.

[508] CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume-Uni, aff. n° 5493/72, § 49.

[509] V. notamment CEDH, Markt intern Verlag GmbH, 20 nov. 1989, n° 10572/83 et Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, n° 10737/84.

[510] V. M. Afroukh, *op. cit.,* p. 226 et s.

Les formes d'expression les plus favorisées sont celles qui touchent directement aux affaires publiques[511]. C'est ainsi que la Cour reconnaît une importance spéciale à la liberté de la presse dont le rôle de contre-pouvoir politique est particulièrement nécessaire à la démocratie. Elle estime en effet que le rôle des organes de presse – celui d'informer l'opinion publique sur les décisions et le comportement des dirigeants politiques ainsi que sur les questions d'intérêt général – permet « le libre jeu du débat politique » qui « se trouve au cœur même de la notion de société démocratique qui domine la Convention tout entière »[512]. En revanche, l'expression commerciale, si elle est bien protégée par l'article 10, n'a pas un impact aussi direct sur la démocratie. La CEDH lui accorde donc une protection moindre en laissant une marge d'appréciation importante aux États dans les matières purement commerciales[513]. Elle reconnaît ainsi que « si l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression en matière politique par exemple, les États contractants disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans le domaine commercial »[514].

L'interprétation de l'article 10 de la Convention EDH par la CEDH met ainsi expressément en place une hiérarchie entre les différents types d'expressions protégés, ce qui entraîne, pour la liberté d'expression artistique, une protection différenciée des œuvres en fonction de la nature des œuvres ou de leur contenu (A) qui s'applique également à l'art corporel (B).

A. Une protection prioritaire des œuvres engagées

Nous avons déjà évoqué plus haut[515] une première distinction entraînant des conséquences en matière de protection par la liberté d'expression : celle entre, d'une part, les œuvres dans

[511] V. CEDH Wingrove c. Royaume-Uni, 25 nov. 1996, n° 17419/90 § 58.

[512] CEDH, Lingens c. Autriche, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 103, § 42.

V.aussi CEDH, Castells c. Espagne, 23 avr. 1992, n° 11798/85, § 43: « A cet égard, il ne faut pas oublier le rôle éminent de la presse dans un État de droit. Si elle ne doit pas franchir certaines bornes fixées en vue, notamment, de la défense de l'ordre et de la protection de la réputation d'autrui, il lui incombe néanmoins de communiquer des informations et des idées sur les questions politiques ainsi que sur les autres thèmes d'intérêt général ».

[513] V. l'affaire Markt Intern Verlag GmbH précitée, § 33, dans laquelle la Cour reconnaît que les États bénéficient d'une marge d'appréciation « indispensable en matière commerciale ». V. également par exemple, CEDH, Krone Verlag GmbH & Co. KG (N° 3) c. Autriche, 11 déc. 2003, n° 39069/97, § 29.

[514] CEDH, Ashby Donald et autres c. France, 10 janv. 2013, n° 36769/08, § 39. V. aussi CEDH, Mouvement raëlien c. Suisse, n° 16354/06, § 61.

[515] V. *supra* p. 151.

lesquelles se distingue clairement un message, d'autre part, les autres œuvres – par exemple les œuvres visuelles – qui ne peuvent pas être aisément « traduites » sous forme d'un énoncé. La différence de traitement entre ces deux catégories n'est pas explicitée par la CEDH, et tient à la construction de la notion de liberté d'expression.

Nous aborderons à présent une seconde distinction, cette fois tout à fait explicite, et constitutive d'une hiérarchisation : celle entre les expressions politiques et les autres types d'expressions. Elle s'explique par la fonction assignée par la CEDH à la liberté d'expression, à savoir la protection de la démocratie. Les œuvres d'art clairement politiquement engagées sont donc favorisées tant par le juge de la CEDH (1) que, dans une moindre mesure, par le juge français (2).

1. Une protection stricte de l'art engagé par la CEDH

Cette hiérarchie entre les types d'expressions se reflète au sein des œuvres d'art protégées par le biais de la liberté d'expression. Si la liberté de l'art n'est pas aussi nécessaire à la démocratie et au pluralisme des opinions que la liberté de la presse, c'est tout de même en soulignant la portée politique des œuvres d'art que la CEDH justifie de leur protection au titre de l'article 10 de la Convention. Le rapport de la Commission EDH dans l'affaire Müller est particulièrement explicite à cet égard. Pour expliquer l'importance de la liberté de l'art dans une société démocratique, la Commission déclare :

> « Il est en effet constant que c'est dans des sociétés non démocratiques que la liberté de création artistique d'une part et la liberté de diffusion d'œuvres artistiques d'autre part, font l'objet de restrictions considérables. […] l'expression artistique contribue non seulement à la formation mais aussi à l'expression de l'opinion publique. Par ailleurs, l'expression artistique peut également amener le public à une confrontation avec les grandes questions de son époque. »[516]

[516] CEDH, Commission, Müller, 8 oct. 1986, n° 10737/8470, § 70.

Comme le précise en conséquence la décision de la CEDH dans l'affaire Müller, « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique »[517].

Ainsi puisque le droit à la liberté d'expression s'intéresse, dans l'œuvre d'art, au message que celle-ci transmet[518] et que l'interprétation de ce droit par la CEDH protège davantage les messages politiques, il paraît logique que l'article 10 s'applique plus strictement aux œuvres d'art engagées. Or, il existe effectivement un biais, dans la jurisprudence de la CEDH, en faveur des œuvres d'art porteuses d'un message politique ou social explicite – ce que nous pouvons observer dans les décisions qui concernent de telles œuvres.

Lorsque l'œuvre mise en cause fait référence à une situation ou à des personnalités politiques, la Cour cherche toujours à en dégager l'opinion de l'artiste pour la protéger selon les critères stricts qui encadrent toute restriction des discours politiques[519]. Ainsi la Cour rappelle dans l'affaire Karatas*,* qui concerne des poèmes favorables à l'indépendance du peuple kurde, que « la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général »[520] tel que celui véhiculé par les poèmes en question. De même, dans l'affaire Vereinigung Bildender Künstler*,* la Cour relève que le chef d'un parti politique, sujet d'un tableau le représentant dans une situation

---

[517] CEDH, 24 mai 1988, Müller et autres c. Suisse, n° 10737/84, §33

[518] V. *supra* p. 151.

[519] Dans ce genre d'affaire la Cour fait systématiquement apparaître la thèse politique de l'auteur dans sa décision (ce qui n'est pas le cas lorsque l'objet de l'œuvre n'est pas immédiatement politique). V. les arrêts suivants :

CEDH, Karataş c. Turquie [GC], 8 juillet 1999, n° 23168/94, § 50 : « En l'occurrence, les poèmes litigieux ont un contenu politique évident : dans un langage très imagé, ils expriment un profond mécontentement au sujet du sort de la population d'origine kurde en Turquie. »

CEDH, Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche, 25 janvier 2007, n° 68354/01, § 34 : « La Cour ne juge pas déraisonnable le point de vue adopté par le tribunal de première instance, à savoir que la scène représentant M. Meischberger pouvait se comprendre comme une forme de contre-attaque visant le Parti libéral autrichien, dont les membres avaient vivement critiqué le travail du peintre. »

CEDH, Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France [GC], 22 octobre 2007, n° 21279/02, § 48 : « Le roman litigieux, qui s'inspire de faits réels mais en y ajoutant des éléments fictifs, relate le procès d'un militant du Front national qui, alors qu'il collait des affiches de son parti en compagnie d'autres militants, a tué de sang-froid un jeune Maghrébin, et qui revendique le caractère raciste de ce crime. Intitulé "Le procès de Jean-Marie Le Pen", il pose ouvertement la question de la part de responsabilité du Front national et de son président dans le développement du racisme en France, et celle de la difficulté de lutter contre ce fléau. »

[520] Arrêt Karatas précité § 50. V. aussi pour des faits similaires CEDH, 29 mars 2005, Alinak c. Turquie, n° 40287/98 et CEDH, Ulusoy et autres c. Turquie, 3 mai 2007, n° 34797/03.

sexuelle fictive et qui estime avoir été victime de diffamation, « doit faire preuve d'une plus grande tolérance à l'égard de la critique »[521] en tant que personnalité politique.

2. Une pratique similaire en droit français

Le juge français utilise un biais similaire pour juger des œuvres d'art : il est plus susceptible de faire prévaloir la liberté d'expression artistique sur une autre règle de droit, notamment sur le droit d'auteur, lorsque l'œuvre litigieuse aborde des questions politiques ou sociales. Si ce critère n'apparaît pas dans les décisions de la Cour de cassation, nous en retrouvons de nombreuses traces dans les décisions des juges du fond qui semblent, à l'exemple de la CEDH, prendre en compte la portée politique de l'œuvre protégée dans leurs décisions. À cet égard, les décisions des juridictions du fond sur la question de la mise en balance entre la liberté d'expression artistique et le droit d'auteur est particulièrement parlante. Un biais favorable aux œuvres engagées peut être décelé dans premier arrêt de la Cour de cassation qui rend possible une telle mise en balance, l'arrêt Klasen rendu en 2015[522] (α), comme les décisions qui l'ont suivi (β).

α - L'affaire Klasen

Tout d'abord, l'arrêt Klasen lui-même est intéressant en ce que le demandeur au pourvoi Peter Klasen est un artiste engagé dont l'œuvre a notamment pour objectif de dénoncer le consumérisme et la marchandisation du corps, qui a utilisé une photographie de mode dans l'une de ses œuvres pour servir ce propos. Condamné en appel pour contrefaçon du fait de l'utilisation de ce cliché, l'artiste revendiquait son droit à la liberté d'expression et insistait particulièrement, pour faire valoir cet argument, sur le caractère socialement engagé de ses œuvres. Cette caractéristique était mise en avant dans les arguments qu'il a présenté devant la cour d'appel de Paris, qui a relevé que « Peter Klasen soutient que le but poursuivi était d'utiliser des images publicitaires en les modifiant afin de provoquer "une réflexion, un contraste

---

[521] Arrêt Vereinigung Bildender Künstler précité, § 34.

V. aussi, Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France, 22 oct. 2007, n° 21279/02 et 36448/02, § 48 : « À n'en pas douter, [le roman litigieux] s'inscrit ainsi dans un débat d'intérêt général et relève de l'expression politique et militante, de sorte que l'on se trouve dans un cas où l'article 10 exige un niveau élevé de protection du droit à la liberté d'expression. La marge d'appréciation dont disposaient les autorités pour juger de la "nécessité" de la sanction prononcée contre les requérants était en conséquence particulièrement restreinte ».

[522] Cass. civ. 1ère, 15 mai 2015, n° 13-27391.

conduisant à détourner le thème et le sujet initial exprimant quelque chose de totalement étranger" (p. 17 de ses écritures) »[523]. Devant la Cour de cassation, qui a rendu en 2015 un arrêt de cassation[524], M. Klasen a également insisté, dans ses moyens, sur le message social de l'œuvre litigieuse en évoquant « la démarche artistique [qui] visait à susciter une réflexion d'ordre social », l'opposant à « l'objectif de protection des droits d'auteur [du photographe] sur ses photographies de mode »[525].

L'argument était exprimé encore plus explicitement devant la juridiction de renvoi, devant laquelle M. Klasen avançait que l'utilisation des photographies de mode était « un outil pour véhiculer un message de critique sociale afin de stimuler dans l'esprit du public une réflexion d'ordre social » et que, de ce fait, « empêcher une telle utilisation afin de protéger les seuls intérêts financiers [du photographe] sur des clichés de mode à vocation publicitaire et nécessairement furtive constitu[ait] une atteinte manifestement disproportionnée à sa liberté d'expression artistique »[526]. Or, cette manière de présenter le différend comme un conflit opposant un message socialement engagé à un message purement commercial fait référence à la jurisprudence de la CEDH qui accorde une plus grande importance, nous l'avons vu, aux expressions dont le contenu peut avoir une influence directe sur les débats d'intérêt public[527].

Cette argumentation est celle de l'artiste lui-même et n'a pas été reprise par les juridictions. Alexandra Bensamoun et Pierre Sirinelli notent ainsi que « ces observations ne sont susceptibles – au mieux – que de créer un climat (de nature à favoriser l'écoute judiciaire), mais en aucun cas de constituer une véritable démonstration juridique »[528]. La cour d'appel de renvoi, qui a procédé au contrôle de proportionnalité entre liberté d'expression et droit d'auteur du

---

523 CA Paris, 18 sept. 2013, n° 12/02480.

524 Cass. civ. 1ère, 15 mai 2015, n° 13-27391.

525 4ème branche du moyen.

526 Cour d'appel de Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029.

527 Devant la juridiction de renvoi, M. Klasen cherchait à se distinguer de la situation ayant donné lieu à l'arrêt de la CEDH, Ashby Donald c. France (10 janv. 2013, n° 36769/08), décision à laquelle se réfère la cour d'appel en l'espèce. Dans cette décision, la CEDH a considéré que la liberté d'expression de photographes ayant pris et diffusé des clichés de défilés de mode n'était pas restreinte de façon disproportionnée par leur condamnation pour contrefaçon des droits d'auteur des créateurs de mode. La CEDH avait notamment pris en considération le fait que les photographes avaient une démarche commerciale et que leur expression ne constituait pas une contribution au débat public ; ainsi une large marge d'appréciation était laissée à l'État pour décider d'éventuelles restrictions (v. § 39 de la décision).

528 A. Bensamoun et P. Sirinelli, « Droit d'auteur vs liberté d'expression : suite et pas fin... » *in D.*, 2015, p. 1672. Ils ajoutent : « Le droit d'auteur bannit, en effet, toute considération du mérite pour l'accès à la protection, qui ne repose que sur l'examen de l'originalité » – originalité dont étaient en l'occurrence pourvues les photographies de mode – tout en reconnaissant toutefois que le climat artistique a pu participer de la solution prise par la Cour de cassation.

photographe, a d'ailleurs conclu à l'absence d'ingérence disproportionnée dans le droit à la liberté d'expression de Peter Klasen[529]. Toutefois, l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans cette affaire est la première décision, au niveau national, qui reconnaît la nécessité de mettre en balance droit d'auteur et liberté d'expression. Il nous paraît significatif que cette décision importante ait été rendue dans le cas d'une œuvre très explicitement engagée, dont la portée sociale est particulièrement mise en avant par l'artiste – notamment dans ses écritures devant les différentes juridictions. La décision de la Cour de cassation pourrait donc s'analyser comme une certaine reconnaissance de la portée sociale explicite d'une œuvre, ce qui a certainement exercé une influence sur les décisions ultérieures.

β - Les décisions ultérieures

Le premier arrêt rendu par la cour d'appel de Paris suite à cet arrêt Klasen concernait la contrefaçon d'un morceau de Prokofiev dans lequel la cour procédait explicitement à une comparaison entre la situation de Peter Klasen et celle de l'auteure du morceau contrefaisant. La cour a rappelé, dans cette décision, que Peter Klasen se présente comme « un artiste peintre qui avait le dessein, par l'emprunt incriminé […] de "susciter une réflexion d'ordre social" »[530] et précisé que ce n'est, au contraire, pas le cas de la compositrice de l'espèce avant de condamner celle-ci pour contrefaçon. Si la cour d'appel n'a bien évidemment pas pris sa décision sur ce seul critère[531], il nous paraît cependant révélateur qu'elle l'ait si clairement relevé.

---

[529] La cour d'appel de Versailles (16 mars 2018, n° 15/06029) a ainsi considéré qu'« il résulte des faits de l'espèce que la recherche d'un juste équilibre entre la liberté d'expression de M. Peter Klasen, y compris dans sa dimension de réflexion d'ordre social, qui ne justifie pas que l'utilisation sans autorisation des photographies de M. Alix Malka était nécessaire à son exercice ».

[530] CA Paris, 25 sept. 2015, n° 14/01364.

[531] Elle relève surtout l'absence d'éléments concrets amenés par l'appelante – qui se contente d'invoquer son droit à la liberté d'expression – pour lui permettre d'effectuer un contrôle concret et déclare que « cet arrêt [Klasen] ne fait pas prévaloir l'article 10 précité sur le droit exclusif de l'auteur, comme le font valoir les intimés, mais renvoie la juridiction de fond désignée à "expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait", force est de considérer que Madame B. ne développe aucune argumentation permettant à la cour de se prononcer de façon concrète sur la mise en balance des droits concurrents en présence ».

V. aussi A. Zollinger, « Droit d'auteur et liberté d'expression - Comment procéder à la balance des intérêts in concreto ? » *in Communication Commerce électronique*, avr. 2017 : « Le fait que la liberté d'expression soit invoquée, ou non, au soutien d'un débat public, voire d'intérêt général n'a pas d'incidence sur la recevabilité de l'invocation de l'article 10 et sur la nécessité d'apprécier *in concreto* l'équilibre des droits, mais seulement sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation et donc, potentiellement, sur l'issue de cette balance des intérêts. La première précision de la cour, comparant les intentions des auteurs des reprises litigieuses, peut donc sembler trompeuse, en suggérant que le principe de liberté d'expression et l'exigence posée par l'arrêt Klasen se limiteraient au seul contexte de débats d'idées. Tel n'est assurément pas le cas ! »

Nous pouvons trouver un raisonnement comparable dans les décisions rendues par le tribunal de grande instance et la cour d'appel de Paris concernant l'artiste contemporain Jeff Koons[532]. Ce dernier fit l'objet d'une exposition au Centre Pompidou en 2014. A cette occasion, le musée parisien a montré des œuvres de l'artiste, dont la démarche consiste notamment à reprendre sciemment à son compte et à adapter en sculpture des photographies qu'il considère *kitsch*. Deux photographes français dont les œuvres ont servi de modèles à des sculptures exposées au Centre Pompidou assignèrent l'artiste en contrefaçon. Dans les deux affaires, Jeff Koons avançait, entre autres moyens de défense, son droit fondamental à la liberté d'expression artistique.

Le tribunal de Paris – qui a condamné à deux fois l'artiste pour contrefaçon – a rappelé dans ses deux décisions que la CEDH protège davantage les discours ayant trait aux affaires publiques[533] avant de relever que l'œuvre de Jeff Koons ne peut pas prétendre appartenir à cette catégorie. Il est particulièrement intéressant d'observer que cette conclusion semble décisive dans la décision du tribunal. Cela apparaît particulièrement dans le jugement datant du 8 novembre 2018, qui concerne le litige opposant Jeff Koons à un photographe publicitaire, lorsque le tribunal déclare « qu'en reproduisant "substantiellement" ce visuel [la photographie d'origine], par ailleurs inconnu du public, Jeff Koons ne peut prétendre avoir voulu susciter "un débat touchant à l'intérêt général", ou même un débat concernant l'art *qui justifierait*[534] l'appropriation qu'il a faite d'une œuvre protégée »[535]. Ainsi, *a contrario*, une œuvre devrait pouvoir se prévaloir de l'article 10 de la Convention EDH pour pouvoir utiliser des œuvres protégées dans la mesure où cela contribue à un débat d'intérêt général[536].

---

532 TGI Paris, 9 mars 2017, n° 15/01086 confirmé par CA Paris, 17 déc. 2019, n° 152/2019 et TGI Paris, 8 nov. 2018, n° 15/02536.

533 TGI Paris, 9 mars 2017, n° 15/01086 : « La Cour de Strasbourg retient que la liberté d'expression est dotée d'une force plus ou moins grande selon le type de discours en distinguant la situation où est en jeu l'expression strictement commerciale de l'individu, de celle où est en cause sa participation à un débat touchant l'intérêt général ».

534 Nous soulignons.

535 V. aussi dans TGI Paris, 9 mars 2017, n° 15/01086, la remarque du tribunal selon laquelle « la reprise [de la photographie par Jeff Koons] n'a pas été ainsi dictée par des considérations d'intérêt général mais personnel ».

536 Pourtant l'œuvre plus explicitement engagée de Peter Klasen a elle-aussi été jugée contrefaisante (CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029).

B. La protection des œuvres d'art corporel par la liberté d'expression

À la question de savoir s'il est possible de reconnaître une expression à travers les œuvres d'art corporel, la réponse est indéniablement positive. Il est d'abord possible de se demander s'il est nécessaire que la création corporelle soit concrétisée pour pouvoir être protégée. Il semble que cela soit le cas pour pouvoir reconnaître une expression protégeable – en l'absence d'une certaine forme, la protection relèverait non de la liberté d'expression, mais de la liberté de pensée. Or, nous pouvons penser que c'est bien le cas ici. Dès lors que l'œuvre d'art corporel entre dans un processus concret de création – qui dépasse la simple réflexion –, et quand bien même elle resterait largement immatérielle, elle existe « en tant qu'objet identifié »[537] puisqu'elle est une incarnation – ici au sens littéral puisqu'il s'agit du corps lui-même – de la pensée de l'artiste. De plus, non seulement les œuvres d'art corporel constituent un moyen pour l'artiste d'extérioriser sa subjectivité, mais de plus elles comportent souvent une portée politique certaine – bien que celle-ci puisse ne pas être immédiate.

Or, la CEDH affirme protéger toutes les expressions, quel que soit le médium qui permet de les transmettre[538]. Pour ce qui concerne l'art corporel, le médium serait en quelque sorte le corps lui-même, ce qui ne devrait pas avoir d'incidence sur la possibilité d'inclure l'art corporel dans les expressions protégées par la Convention. Ainsi, dans un récent arrêt rendu à propos d'une action politique menée par le groupe Femen, la Cour de cassation semble reconnaître le corps comme un médium d'expression (ici politique) protégé par le droit à la liberté d'expression[539]. En effet, suite à une action dans laquelle une militante s'est montrée la poitrine nue pour protester contre la politique du dirigeant russe Vladimir Poutine, la Cour de cassation a considéré que l'action constituait une infraction d'exhibition sexuelle mais qu'une condamnation ne pouvait, en l'occurrence, être prononcée car « le comportement de la prévenue s'inscrit dans une démarche de protestation politique, et que son incrimination, compte tenu de

---

[537] Nous reprenons ici la formulation de P. Mouron, « La liberté de création artistique au sens de la loi du 7 juillet 2016 » *in Revue des droits et libertés fondamentaux* [en ligne], chon. n° 30, 2017, [revuedlf.com/droit-fondamentaux/la-liberte-de-creation-artistique-au-sens-de-la-loi-du-7-juillet-2016], qui affirme que « quand bien même la consistance d'une œuvre peut être diffuse (on peut penser ici aux œuvres orales ou éphémères), elle n'en existe pas moins en tant qu'objet identifié » en s'appuyant sur l'articulation de la liberté de création et du droit d'auteur :

« Ces arguments trouvent un certain écho sur le plan du droit d'auteur. La création intervient après la conceptualisation et avant la divulgation de l'œuvre. Cette liberté est la source même de l'originalité. La liberté de création artistique ne défend que "la possibilité de créer plutôt que son résultat". Son exercice est donc préalable aux prérogatives du droit d'auteur, sans se confondre avec celles-ci. »

[538] V. notamment CEDH, Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, n° 10737/84.

[539] Cass. crim., 26 fév. 2020, n° 19-81.827. V. *infra* p. 216 pour une analyse détaillée de l'affaire.

la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression »[540]. Par là, la juridiction française reconnaît le corps comme un médium permettant de transmettre une expression, et ce à deux titres : comme support possible d'une expression protégée – en l'espèce, la militante s'était notamment exprimée par un message textuel inscrit sur sa poitrine – et comme moyen de s'exprimer par des actions – elle avait dénudé sa poitrine et planté un pieu dans la statue de cire du dirigeant.

Enfin nous pouvons nous interroger sur la nécessité que le caractère artistique d'une création d'art corporel soit établi pour que celle-ci bénéficie d'une protection. En effet, l'art corporel – comme d'autres mouvements de l'art contemporain – peut donner lieu à des œuvres se situant aux limites de l'art et dont le caractère artistique n'est donc pas évident. Or, le caractère artistique est a priori indifférent. La distinction entre ce qui relève ou non d'une expression artistique, distinction difficile à établir au demeurant, n'entre pas en jeu dans le cadre de la protection par la liberté d'expression, la CEDH ayant refusé avec constance de prendre en compte le caractère artistique d'une expression dans sa protection[541]. Au contraire, c'est en tant que mode d'expression parmi d'autres que l'art bénéficie d'une protection. De plus, puisque la Cour considère qu'il n'existe pas d'expression plus légitime qu'une autre, l'art corporel, même lorsqu'il peut être choquant, est protégé.

Paragraphe 2. L'incidence de considérations morales sur la liberté d'expression artistique

La jurisprudence de la CEDH laisse aux États parties une large marge d'appréciation pour restreindre certains modes d'expression sur le fondement de considérations morales (A), ce qui pourrait avoir une incidence particulière en matière d'art corporel (B). Cette incidence pourrait être d'autant plus marquée en raison de l'usage du corps féminin dans les œuvres d'art corporel (C).

[540] § 15 de la décision précitée.

[541] V. par exemple Cass. crim., 15 déc. 2009, n° 09-80.709 et CEDH, Ehrmann et SCI VHI c. France, 7 juin 2011, n° 2777/10.

A. La marge d'appréciation des États face à la morale

Aux États-Unis, une expression obscène sort du champ d'application du premier amendement et ne peut donc pas bénéficier de la protection de la liberté d'expression[542]. Il n'en est *a priori* pas de même dans l'espace du Conseil de l'Europe. La jurisprudence de la CEDH l'affirme de façon constante : les expressions choquantes sont protégées par la Convention au même titre que les autres car elles participent au pluralisme des idées nécessaire dans une société démocratique[543]. Par exemple, dans l'affaire Müller, le tableau litigieux a été reconnu sans difficulté comme une expression protégée par l'article 10 de la Convention EDH malgré le fait qu'il ait pu être jugé obscène par les autorités autrichiennes, approuvées par la Cour[544].

Cependant, malgré cette protection de principe accordée à toutes les expressions, il est possible de constater que lorsqu'un message est susceptible de choquer la morale, le niveau de protection dont il bénéficie est moindre. En matière artistique, la Cour se montre ainsi particulièrement souple avec les restrictions à la liberté d'expression qui touchent des œuvres qui représentent le corps et la sexualité. En effet, ces productions artistiques sont susceptibles d'être interdites ou leurs créateurs condamnés sur le fondement de lois contre l'obscénité dont l'objectif est de préserver la morale publique. Or, la protection de la morale est l'un des buts légitimes cités par le second paragraphe de l'article 10 et permet donc de justifier une restriction à la liberté d'expression. De plus, la Cour laisse en la matière une large marge d'appréciation aux États et n'exerce qu'un contrôle minimal sur les restrictions ayant pour objectif la protection de la morale[545]. Ce principe, qui est affirmé par la Cour depuis l'arrêt Handyside de 1976,[546] est justifié par le fait que, dans la mesure où il n'existerait pas de notion européenne unifiée de la morale, les autorités de chaque État sont les mieux à même de déterminer les restrictions à la

[542] Cependant, asse peu d'expression sont reconnues aujourd'hui comme obscènes. Ainsi, la plupart des films pornographiques sont bien protégés par le premier amendement, seuls les plus dégradants en étant exclus. V. A. Adler, « All Porn, All the Time » *in NYU Review of Law and Social Change*, Vol. 31, 2007, p. 695.

[543] V. notamment CEDH, Handyside c. Royaume-Uni, 7 déc. 1976, n° 5493/72, § 49 : « Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle [la liberté d'expression] vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". »

[544] CEDH, Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, n° 10737/84.

[545] Pour un état des lieux qui contraste cette idée. S. Barbou Des Places, N. Deffains. « Morale et marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence des Cours européennes » *in* S. Barbou Des Places, R. Hernu et P. Maddalon (dir.), *Morale(s) et droits européens*, Bruyant, 2015, p. 49-72.

[546] CEDH, Handyside c. Royaume-Uni, 7 déc. 1976, n° 5493/72. Le même principe est repris est appliqué à la liberté d'expression artistique dans l'arrêt Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, n° 10737/84.

liberté d'expression qui sont nécessaires à la sauvegarde de la morale sur leur territoire national[547].

Le même raisonnement est valable, selon la Cour, pour les restrictions à la liberté d'expression visant à protéger le droit de chacun au respect de ses convictions religieuses[548], restrictions qui peuvent être imposées par des lois nationales pénalisant le blasphème. Il fut question devant la CEDH de l'interdiction de diffusion d'une œuvre d'art pour des raisons religieuses dans l'arrêt Wingrove datant de 1996[549] . Cette affaire concernait un court-métrage de cinéma expérimental s'inspirant de la vie de la religieuse carmélite sainte Thérèse d'Avila qui mettait en scène le personnage de sainte Thérèse et celui du Christ dans des situations érotiques. Le réalisateur de ce film avait sollicité un visa d'exploitation auprès des autorités britanniques. Ce visa lui fut refusé au motif que son film avait un caractère blasphématoire ce qui rendit impossible toute diffusion auprès du public. La CEDH, saisie par le réalisateur, rappela dans cette affaire la large marge d'interprétation laissée aux États en matière de restriction de la liberté d'expression pour des raisons morales ou religieuses[550]. Ainsi qu'elle l'indique dans sa décision :

> « Assurément, l'article 10 par. 2 de la Convention (art. 10-2) ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général […]. Cependant, une plus grande marge d'appréciation est généralement laissée aux États contractants lorsqu'ils réglementent la liberté

[547] Arrêt Handyside précité, § 48 : « En particulier, on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la "morale". L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre. »

[548] Pour la CEDH le respect des convictions religieuses est compris dans la protection des « droits d'autrui » qui est l'un des buts légitimes listés par l'art. 10(2). V. à ce propos CEDH, Otto-Preminger-Institut c. Autriche, 20 sept. 1994, n° 13470/87, § 49 et Wingrove c. Royaume-Uni, 25 novembre 1996, n° 17419/90, § 57.

[549] Arrêt Wingrove c. Royaume Uni précité. V. aussi pour des faits et une solution très similaires, l'affaire Otto-Preminger-Institut c. Autriche précité.

[550] Le raisonnement appliqué par la Cour à la morale pour justifier d'une large marge d'appréciation des États est repris ici tel quel pour la religion. Arrêt Wingrove précité, § 58 : « Du reste, comme dans le domaine de la morale, et peut-être à un degré plus important encore, les pays européens n'ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à "la protection des droits d'autrui" s'agissant des attaques contre des convictions religieuses. Ce qui est de nature à offenser gravement des personnes d'une certaine croyance religieuse varie fort dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une multiplicité croissante de croyances et de confessions. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leurs pays, ls autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences par rapport aux droits d'autrui comme sur la "nécessité" d'une "restriction" destinée à protéger contre ce genre de publications les personnes dont les sentiments et les convictions les plus profonds en seraient gravement offensés. »

> d’expression sur des questions susceptibles d’offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion. »[551]

Cet arrêt permet donc également à la Cour d’exprimer clairement que, quel que soit le degré de politisation d’une œuvre, une plus large marge de manœuvre est laissée aux États pour l’application de règles issues de préoccupations morales.

B. L’art corporel saisi par la morale

Pour ce qui concerne l’incidence sur les œuvres d’art corporel des limites à la liberté d’expression que nous venons d’examiner, il est nécessaire de distinguer entre deux types de règles dont peuvent chercher à se prévaloir les États parties. D’une part, des règles spécifiques qui viennent ponctuellement et explicitement limiter la liberté d’expression (que nous évoquerons ici), d’autre part, des règles de droits fondamentaux qui limitent incidemment, *via* l’emprise qu’elles exercent sur les corps, cette liberté d’expression (qui feront l’objet de développements ultérieurs dans ce chapitre[552]). Comme nous pourrons le voir, cette distinction théorique laisse parfois place en pratique à un enchevêtrement de normes.

La large tolérance à l’égard des restrictions de la liberté d’expression concernant la morale est intéressante au regard des œuvres corporelles. En effet, celles-ci sont souvent à dessein choquantes pour la morale commune et, de par leur rapport direct avec le corps, elles peuvent montrer de la nudité ou des situations sexuelles. Elles sont donc particulièrement susceptibles d’être touchées par diverses règles nationales ayant pour objectif la protection de la morale et serait dans ce cas, peu protégées par l’article 10 de la Convention EDH

Deux types de règles limitant la liberté d’expression dans un souci de protection de la morale sont particulièrement susceptibles d’être appliquées aux œuvres corporelles en tant qu’elles utilisent le corps : les règles tenant à la prohibition de l’obscénité qui tendent plutôt à disparaître (1), et celles qui visent à protéger les mineurs qui ont, au contraire, tendance à se renforcer (2).

---

[551] Arrêt Wingrove c. Royaume Uni précité, § 58.

[552] V. *infra* p. 185 et s.

1. La prohibition de l'obscénité

Ces règles protégeant la morale peuvent en premier lieu être des dispositions pénales prohibant la publication et la circulation de matériel obscène ou pornographique et punissant leurs auteurs ou éditeurs. De telles règles existent dans la législation de plusieurs pays européens[553]. Elles ont cependant disparu du droit français qui a aboli le délit d'outrage aux bonnes mœurs lors de la réforme du code pénal de 1994[554].

Il n'est d'ailleurs pas certain que ce type de règles soient le mieux adapté pour contrôler des formes d'expression non traditionnelles telles que l'art corporel. D'une part, ces législations sont destinées à prohiber le matériel obscène, et non pas les comportements. Ainsi de telles règles pourraient être aptes à empêcher la diffusion, par exemple, de photographies d'une performance qui serait considérée obscène, mais auraient du mal à être utilisées pour interdire l'action elle-même[555].

D'autre part, il se peut que ces règles, du fait de la définition de leur domaine, ne soient pas les mieux à même d'appréhender les œuvres de l'art contemporain, ce qu'une décision britannique datant de 1990 permet d'illustrer[556]. Cette affaire concernait un artiste canadien, Richard Norman Gibson, qui avait construit des boules d'oreille auxquelles pendaient des fœtus humains déshydratés (œuvre intitulée *Human Earrings*) et les a exposées dans une galerie d'art

---

[553] Nous pouvons citer entre autres l'article 383 du code pénal belge qui prohibe les publications contraires aux bonnes mœurs, comme l'*Obscene Publications Act* de 1959 au Royaume Uni. L'article. 197 du code pénal suisse et la section 184a du code pénal allemand prohibent quant à eux la pornographie particulièrement violente ou choquante.

[554] L'article 283 de l'ancien code pénal français disposait que :

« Sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 360 F à 30.000 F quiconque aura :

Fabriqué ou détenu en vue d'en faire commerce, distribution, location, affichage ou exposition ;

Importé ou fait importer, exporté ou fait exporter, transporté ou fait transporter sciemment aux mêmes fins ;

Affiché, exposé ou projeté aux regards du public ;

Vendu, loué, mis en vente ou en location, même non publiquement ;

Offert, même à titre gratuit, même non publiquement, sous quelque forme que ce soit, directement ou par un moyen détourné ;

Distribué ou remis en vue de leur distribution par un moyen quelconque,

Tous imprimés, tous écrits, dessins, affiches, gravures, peintures, photographies, films ou clichés, matrices ou reproductions phonographiques, emblèmes, tous objets ou images contraires aux bonnes mœurs. »

[555] Cependant, ces comportements pourraient être concernés par d'autres dispositions pénales qui ne visent pas spécialement « l'expression », par exemple les dispositions prohibant l'exhibition sexuelle. V. *infra* p. 215.

[556] R v Gibson and another [1991] 1 All ER 439, CA.

V. P. Kearns, « Not a Question of Art: Regina v. Gibson Regina v. Sylveire » *in International Journal of Cultural Property*, vol. 1, n° 2, 1992, p. 383-388 ; et T. Lewis, Tom, « Human Earrings, Human Rights and Public Decency » *in Entertainment Law,* vol. 1 , n°2, 2001, p. 50–71.

à Londres. L'artiste et son galeriste firent tous deux l'objet de poursuites pénales pour l'exposition de cet objet. Alors que le droit national britannique possédait une législation spécifique prohibant les publications obscènes – l'*Obscene Publications Act* de 1959 qui est toujours en vigueur –, celle-ci n'a pas été utilisée en l'espèce pour sanctionner les prévenus. Ces derniers furent tout de même condamnés (à des peines d'amendes) sur le fondement d'une infraction plus large, l'infraction de *common law* d'outrage à la décence public. En effet, la loi de 1959 comporte une définition restrictive du terme « obscène » : une publication obscène doit avoir une influence corruptrice sur le public, influence qui était difficile à établir en l'espèce. L'objet était certes choquant et pouvait provoquer des réactions de réprobation et de dégoût mais, puisqu'il ne décrivait aucun comportement ni ne comportait de message clair, il n'incitait pas le public à la débauche. De plus, il est possible que le ministère public n'ait pas souhaité poursuivre l'artiste sur le fondement de la loi contre l'obscénité car celle-ci, comme beaucoup de législations similaires[557], comporte une exception pour les publications dotées d'un intérêt artistique[558]. Or, étant donné que les boucles d'oreilles étaient ici présentées comme des œuvres d'art, l'utilisation de l'infraction de *common law*, qui ne comporte pas de telle exception, plutôt que de la loi de 1959 permettait d'éviter que le débat ne porte sur le caractère ou l'intérêt artistique de l'objet.

2. La protection des mineurs

Si la France ne possède plus de législation prohibant l'outrage aux bonnes mœurs, son système juridique n'est pas pour autant exempt de règles – administratives en particulier – dont l'application pourrait être considérée comme une restriction à la liberté d'expression. Le cinéma en constitue un bon exemple puisqu'un organisme administratif, le Centre national du cinéma et de l'image animée, a le pouvoir de délivrer et éventuellement de refuser les visas d'exploitation aux films diffusés en France[559] et de restreindre le public auquel chaque film pourra être montré en lui imposant des limitations d'âge[560]. De plus, le droit français met en place un système restrictif pour limiter la circulation de films pornographiques en imposant à

---

557 V. *infra* p. 210.

558 V. P. Kearns, « When Art is Misunderstood : Obscene and Blasphemous Libel in 2000 » *in* P. Kearns, *Freedom of Artistic Expression: Essays on Culture and Legal Censure,* Hart Publishing, 2014, p. 51.

559 Article L. 211-1 du code du cinéma et de l'image animée.

560 Article R. 211-12 du code du cinéma et de l'image animée.

de telles productions une fiscalité désavantageuse[561] et une diffusion dans un réseau dédié[562]. Ces règles peuvent être lues comme une restriction imposée à un certain type d'expression qui passe par le corps – même s'il ne s'agit ici que de sa représentation cinématographique.

Une autre restriction importante et plus pertinente pour l'art corporel se trouve dans le domaine de la protection des mineurs. Il apparaît d'ailleurs que si la pénalisation de l'obscénité ou de l'atteinte aux bonnes mœurs tend à devenir obsolète[563], la protection de l'enfance constitue un nouvel objectif privilégié permettant de justifier d'une certaine limitation de la liberté d'expression. Ainsi en France, avec l'abolition du délit d'outrage aux bonnes mœurs est apparu une disposition qui la recoupe partiellement mais qui ne concerne que les mineurs, l'article 227-24 du code pénal dont le premier alinéa est rédigé en ces termes :

> « Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ».

Cet article constitue donc une restriction à la liberté d'expression qui concerne la protection de la morale d'une certaine catégorie de la population. Bien que cette restriction ait un objectif tout à fait légitime, elle est formulée d'une façon très large puisqu'elle pénalise non seulement les messages choquants à destination des mineurs mais aussi ceux qui peuvent être vus ou même seulement perçus par ces derniers. Cette disposition n'était pas expressément prévue pour

---

561 V. notamment l'article 1605 sexies du code général des impôts qui impose un prélèvement spécial sur les bénéfices résultant de la vente, la location ou l'exploitation d'œuvres pornographiques ou d'incitation à la violence. Ces œuvres se voient également appliqué un taux de TVA défavorable (art. 261 G et 279 bis du même code)

562 Article L. 311-2 code du cinéma et de l'image animée.

Évidemment, ce régime distinct est susceptible de poser problème lorsqu'un film se trouve à la frontière du film pornographique tout en se réclamant d'une qualité artistique. V. CE, 30 juin 2000, n° 222194 222195, analysé *infra* p. 213 et s.

563 Du moins dans les pays européens. Ainsi certains comme la France ont retiré de leur législation toute disposition générale sur le sujet. D'autres qui disposent encore de telles règles voient leur utilisation décroître. Ainsi en Belgique, le nombre de condamnations pour « outrage public aux bonnes mœurs » est passé de 1200 en 1964 à 438 en 1975 et 93 en 1990, selon F. Ost and M. van de Kerchove, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée » in *Les bonnes moeurs*, CURAPP, 1993.

restreindre les expressions artistiques ; cependant sa formulation ouverte a permis à l'article 227-24 du code pénal d'être utilisé par des associations de défense de l'enfance ou de la famille pour s'opposer à des institutions artistiques ayant exposé, lors d'événements grand public, des œuvres d'art contemporain considérées comme violentes, pornographiques ou contraires à la dignité humaine : des représentations dénudées ou sexualisées d'enfants et d'adolescents dans l'affaire « Présumés innocents »[564] et des descriptions de sévices dans l'affaire « Infamille »[565]. Bien qu'aucune de ces affaires n'ait donné lieu à un procès pénal, encore moins à des condamnations, elles n'en ont pas moins eu une grande résonance dans les milieux artistiques.

C'est pourquoi la formulation large de cet article rencontre une forte opposition parmi les défenseurs de la liberté d'expression qui peuvent voir dans la protection de l'enfance un nouveau prétexte à l'exercice étatique d'une censure conservatrice[566]. Il nous semble difficile d'aller aussi loin, au regard de l'usage limité de ces dispositions à cette fin, et notamment de l'absence de condamnation. Toutefois, les potentialités qu'elles renferment n'en sont pas moins préoccupantes et illustrent, par ailleurs, que le droit français n'est pas exempt de morale[567].

L'exemple de l'article 227-24 du code pénal illustre également le recoupement entre les règles de droit ou principes juridiques venant limiter la liberté d'expression de manière incidente, et les dispositions précises venant spécifiquement affecter cette liberté. En l'espèce, cet article vient expressément limiter la liberté d'expression pour ce qui concerne certains messages susceptibles d'affecter les mineurs, tout en faisant référence au principe plus large de dignité humaine. Cet article rend ainsi compte de l'enchevêtrement de règles de droits générales et particulières.

---

[564] V. Cass. crim., 2 mars 2011, n° 10-82.250

[565] V. CA de Metz, 19 janv. 2017 et *infra* p. 193.

[566] Par exemple A. Tricoire, *Petit traité de la liberté de création*, La Découverte, 2011, p. 53-61.

V. aussi A. Adler, « All Porn, All the Time » *in N.Y.U. Review of Law and Social Change*, Vol. 31, 2007, p. 695, qui montre bien le passage du discours juridique anti-pornographie de la protection la morale et la protection de l'enfance aux États-Unis.

[567] V. d'ailleurs l'art. R. 624-2 du code pénal qui punit comme une contravention de 4ème classe « le fait de diffuser sur la voie publique ou dans des lieux publics des messages contraires à la décence ».

C. La morale et le corps féminin

En définitive, l'art corporel se trouve désavantagé, pour ce qui concerne sa protection au titre de la liberté d'expression, par son mode d'expression souvent choquant au regard des règles morales – alors même que les œuvres tendent à porter un message politique fort.

Ainsi, l'art corporel constitue traditionnellement un mode d'expression largement associé au corps féminin – qu'on pense à Gina Pane, Valie Export ou encore Orlan – et offrant une réflexion sur celui-ci. Il a ainsi servi, en passant par le corps féminin, à porter des revendications féministes, telles que la dénonciation de la place des femmes comme objets de représentation dans l'histoire de l'art[568]. Or, cette dimension genrée de l'art corporel est susceptible d'engendrer un biais quant à sa protection par la liberté d'expression, l'exposition de corps féminins pouvant être plus rapidement jugée sexualisée ou obscène.

Certes, il serait possible d'objecter que l'histoire de l'art n'a pas attendu l'art corporel pour dévoiler des corps féminins. Toutefois, l'historienne de l'art américaine Linda Nead relève que l'exposition de corps féminins n'est jugée acceptable que lorsque, d'une part, elle fait l'objet d'une représentation, et que, d'autre part, cette représentation est effectuée avec goût, c'est à dire esthétisée[569]. Elle indique ainsi que la notion d'obscénité en droit américain peut être instrumentalisée pour légitimer ou délégitimer certains modes d'expression[570]. La même réflexion conduit Amy Alder à souligner l'exclusion par la jurisprudence de la Cour suprême américaine des strip-teases du champ de la protection du premier amendement[571] – quand, à l'inverse, la plupart des films pornographiques bénéficient de celle-ci. Elle explique cette différence de traitement par le fait que le film pornographique ne laisse à voir le corps d'une femme qu'objectifié à travers un média, une représentation, alors que les strip-teaseuses sont plus directement actrices de l'expression[572].

[568] V. R. Mader et N. Schweizer, « "Your Body is a Battleground" De quelques objets de l'histoire de l'art » *in Nouvelles Questions Féministes*, vol. 24, n° 1, 2005, p. 67-82.

[569] Or la performance joue précisément avec les codes de l'esthétisation et de l'érotisation du corps nu féminin, et s'en distancie souvent. V. J. Perrin, « Le nu féminin en mouvement » in *Communications*, n° 92, 2013, p. 173-182.

[570] Et en particulier pour asseoir la légitimité des beaux-arts et les distinguer de la culture populaire et, dans une moindre mesure, de l'art d'avant-garde, dans un processus de distinction sociale profitant aux classes sociales les plus élevées (comme le montre Bourdieu dans *La distinction* ou *Les règles de l'art*). V. L. Nead, *The Female, Nude: Art, Obscenity and Sexuality*, Routledge, 1992, en particulier à partir de la p. 83.

[571] Décisions Erie v. Pap's A. M., 529 U.S. 277 (2000) et Barnes v. Glen Theatre, Inc., 501 U.S. 560 (1991).

[572] V. en particulier A. Adler, « Performance Anxiety: Medusa, Sex and the First Amendment » *in Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 21, n° 2, 2009, p. 227. Ainsi que de la même auteure, « Symptomatic Cases: Hysteria

En France, une récente décision de la Cour de cassation peut illustrer cette théorie[573]. Dans cette décision, rendue à propos d'une action menée par une militante politique du groupe Femen, la Cour de cassation estime que le fait qu'une femme montre sa poitrine dans un lieu public constitue systématiquement une exhibition sexuelle. Au contraire, l'arrêt d'appel avait considéré que le seul fait de dévoiler sa poitrine ne pouvait constituer un délit d'exhibition sexuelle, en relevant que la poitrine féminine est régulièrement montrée dans la presse ou la publicité sans que cela ne pose de problème de moralité publique[574]. En citant dans son arrêt cet argument de la cour d'appel pour le critiquer, la Cour de cassation semble comparer directement les deux situations et reconnaître que la poitrine féminine montrée sans médiation, par une femme qui met en avant un message politique, serait plus choquante que la poitrine esthétisée (notamment en photographie) d'une femme montrée comme un objet passif de représentation.

Or, les performances relevant de l'art corporel montrent souvent un corps féminin sans médiation – puisqu'il ne s'agit pas d'une représentation de ce corps mais d'une action – et sans effort d'esthétisation. Au contraire, le corps et la sexualité féminine peuvent parfois être présentés, volontairement, d'une façon agressive et crue[575]. En ce sens, elles sont particulièrement susceptibles heurter la sensibilité du public et, ainsi, de se voir sanctionner par des règles de droit répondant, au moins dans une certaine mesure, à des considérations morales.

SECTION 2. La protection de la création face à la dignité humaine

Nous évoquerons ici la dignité humaine comme une limite à la liberté d'expression. Certes, la dignité est un principe juridique qui ne protège pas à proprement parler le corps ; il protège la personne (y compris dans sa dimension corporelle) et pourrait même protéger, au-delà de la

---

in the Supreme Court's Nude Dancing Decisions » *in American Imago*, vol. 64, n° 3, 2007, p. 297 et « Girls! Girls! Girls!: The Supreme Court Confronts The G-String » *in N.Y.U. Law Revue*, vol. 80, 2005, p. 1108.

[573] Cass. crim., 26 fév. 2020, n° 19-81.827. V. *infra* p. 215 pour une analyse détaillée de l'affaire.

[574] § 12 de la décision précitée : « L'arrêt [d'appel] ajoute que le regard de la société sur le corps des femmes a évolué dans le temps, et que l'exposition fréquente de la nudité féminine dans la presse ou la publicité, même dans un contexte à forte connotation sexuelle, ne donne lieu à aucune réaction au nom de la morale publique. »

[575] Nous pouvons citer, parmi beaucoup d'autres exemples, le comportement agressif de Valie Export *dans Genital Panik* (1969), ou les présentations particulièrement crues du corps féminin mises en scène par Carolee Schneemann dans *Interior Scroll* (1975) ou *Meat Jo*y (1964).

personne elle-même, l'humanité que celle-ci représente[576]. Cependant la dignité est incontestablement liée au statut du corps, quand bien même elle ne s'y limite pas. Ainsi, l'article 16 du code civil qui interdit toute atteinte à la dignité figure dans le chapitre consacré au respect du corps humain. De par le lien entre le corps et la dignité, le sujet de l'utilisation de cette dernière pour restreindre l'expression notamment artistique est particulièrement intéressant à étudier pour cerner le régime juridique de l'art corporel. En quoi le fait qu'une œuvre d'art soit incarnée dans un corps peut-il exercer une influence particulière sur la liberté d'expression artistique ? Afin de l'illustrer, et sans prétendre à l'exhaustivité, nous étudierons successivement deux exemples, issus de domaines qui intéressent plus particulièrement l'art et éventuellement l'art corporel, la restriction de la liberté d'expression par l'utilisation de l'image d'autrui (§ 1) et les limites imposées à la liberté d'expression lorsque celle-ci véhicule un message offensant (§ 2).

Paragraphe 1. Liberté de création et droit à l'image

Le droit à l'image est un droit de la personnalité qui implique que toute personne dispose d'un droit exclusif sur son image et sur l'utilisation qui en est faite et peut s'opposer à une utilisation non autorisée de celle-ci. Il trouve notamment à s'appliquer lorsque cette image est saisie par une photographie. Le droit à l'image, d'abord reconnu de de façon autonome par la jurisprudence, a depuis été rattaché à l'article 9 du code civil relatif au droit au respect de la vie privée et est aujourd'hui protégé sur ce fondement[577].

Le droit à l'image peut se trouver face à d'autres droits fondamentaux et il doit, en particulier, s'accorder avec deux principes concurrents : la liberté d'expression et le principe de dignité humaine (A). Si le principe de dignité humaine peut constituer une limite au droit à la liberté d'expression, il est possible de s'interroger sur la portée de cette limitation (B).

[576] V. *supra* p. 84 et s.

[577] V. Cass. civ. 1ère., 13 janv. 1998, n° 95-13.694 et 16 juill. 1998, n° 96-15.610. Le droit à l'image a été rattaché, en tant que droit de la personnalité, à l'article 9 du code civil bien qu'il fût protégé avant même l'introduction de cet article.

A. Droit à l'image, liberté d'expression et dignité humaine

Le droit à l'image peut être mis en balance avec la liberté d'expression et en particulier avec le droit de communiquer des informations. Il peut ainsi céder devant la liberté d'expression : l'image d'une personne peut être utilisée sans son accord lorsqu'il s'agit d'illustrer un fait d'actualité[578].

La liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée, deux droits fondamentaux de même valeur, doivent être conciliés *in concreto* par le juge[579], mais un troisième élément peut intervenir : le respect de la dignité de la personne humaine qui pose une limite à la liberté d'expression[580]. Ainsi même lorsque la balance devrait se faire en faveur du droit à la liberté d'expression, lorsque l'image illustre un fait d'actualité, elle peut être illicite lorsque la dignité de la personne est atteinte. La solution a été dégagée par le Cour de cassation, sur le fondement de l'article 16 du code civil, pour confirmer la condamnation d'un organe de presse suite à la publication de photographies du corps du préfet Erignac après son assassinat[581], événement qui était pourtant d'une grande actualité à l'époque[582].

Ce principe est transposé tel quel par les juridictions du fond lorsqu'elles ont à juger d'images qui ont un caractère artistique, et non informatif. A cet égard, l'arrêt rendu en 2007 par la cour

---

[578] Cass. civ. 1ère, 20 févr. 2001, n° 98-23.471, rendu sur le visa de l'article 10 de la Convention EDH.

[579] Cass. civ 1ère, 9 juil. 2003 : « Les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et 9 du code civil, une identique valeur normative font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime ».

[580] Il semblerait que constitue une atteinte à la dignité, une photographie qui recherche le sensationnel ou est indécente (v. Cass. civ. 1ère, 20 févr. 2001, n° 98-23.471).

V. aussi Cass. civ. 1ère, 1 juil. 2010, n° 09-15.479 : « qu'estimant que la publication de la photographie litigieuse, *qui dénotait une recherche de sensationnel*, n'était nullement justifiée par les nécessités de l'information, elle en a justement déduit que, contraire à la dignité humaine elle constituait une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort et dès lors à la vie privée des proches, justifiant ainsi que soit apportée une telle restriction à la liberté d'expression et d'information ». (Nous soulignons.)

[581] Cass. civ. 1ère, 20 déc. 2000, n° 98-13.875 : « La cour d'appel a pu juger, dès lors que cette image était attentatoire à la dignité de la personne humaine, qu'une telle publication était illicite, sa décision se trouvant ainsi légalement justifiée au regard des exigences tant de l'article 10 de la Convention européenne que de l'article 16 du Code civil ».

V. aussi sur la même affaire, CEDH, Hachette Filipacchi Associés c. France, 14 juin 2007, n° 71111/011.

[582] V. aussi la première utilisation de ce principe dans un arrêt de cassation (Cass. civ. 1ère, 20 févr. 2001, n° 98-23.471). Il s'agissait en l'espèce d'un organe de presse condamné en appel pour la publication de la photographie d'une victime de l'attentat du RER à Saint-Michel survenu à Paris en 1995. La Cour de cassation relève que la photographie ne portait pas atteinte à la dignité humaine pour casser l'arrêt d'appel au visa des articles 10 de la Convention EDH et articles 9 et 16 du Code civil. Dans cet arrêt la Cour dégage le principe suivant : « Attendu que la liberté de communication des informations autorise la publication d'images des personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine ».

d'appel de Paris à propos de photographies prise par David Hamilton est particulièrement éloquent[583]. Suite à la publication en 2006 d'un livre de photographies de l'artiste, une modèle ayant posé dénudée pour ce photographe une trentaine d'année plus tôt, lorsqu'elle était mineure, avait demandé en référé la condamnation de la maison d'édition sur le fondement de son droit à l'image, dans la mesure où elle n'avait pas donné son autorisation pour la nouvelle publication des photos la représentant. La cour d'appel applique en l'espèce à la liberté d'expression artistique un régime en tout point identique à celui de la liberté de communiquer des informations et déclare que le droit à l'image « n'est pas absolu et cède, notamment, devant le principe de la liberté d'expression – garanti par l'article 10 de la Convention EDH – notamment l'expression artistique, y compris par le biais de la diffusion d'une œuvre constituée de photographies dès lors que ces dernières respectent la dignité de la personne humaine » – ce qui était le cas en l'espèce selon la cour[584].

Nous pouvons ici nous interroger sur la première partie du raisonnement – l'affirmation selon laquelle le droit à l'image cède devant la liberté d'expression – et la pertinence d'une assimilation totale de la liberté artistique avec la liberté de la presse. Il semblerait dans la formule de la cour d'appel qu'elle considère que la liberté artistique doive automatiquement prendre le pas sur le droit à l'image[585]. Or, si le droit à l'image cède devant la liberté de de l'information, nous pouvons penser que cela est dû à l'importance particulière, en démocratie, de la liberté dont doivent bénéficier la presse et les médias qui informent les citoyens et participent au débat public[586]. Ce raisonnement n'a donc pas lieu d'être pour toutes les

---

[583] CA Paris, 5 octobre 2007, n° 07/04603.

V. aussi CA Paris, 5 nov. 2008, n° 07/10198 et 27 Mai 2015, n° 13/00051.

[584] V. *contra* dans une autre affaire (CA Paris, 27 Mai 2015, n° 13/00051) : « En effet, dénudée ou non, la fixation photographique de l'image sexualisée de façon malsaine, d'une très jeune enfant ou d'une toute jeune fille ne peut qu'être dégradante pour celle-ci, quelle que soit l'intention de l'auteur ou la subjectivité du public auquel elle est destinée ».

[585] Une position un peu plus prudente est adoptée par la cour d'appel (CA Paris, 5 nov. 2008, n° 07/10198) :

« Considérant que la protection des droits d'autrui et la liberté d'expression artistique revêtent une identique valeur et qu'il convient de rechercher leur équilibre et de privilégier une solution protectrice de l'intérêt le plus légitime ;

Considérant que le droit à l'image doit céder devant la liberté d'expression chaque fois que l'exercice du premier aurait pour effet de *faire arbitrairement obstacle* à la liberté de recevoir ou de communiquer des idées qui s'expriment spécialement dans le travail d'un artiste, sauf dans le cas d'une publication contraire à la dignité de la personne ou revêtant pour elle des conséquences d'une particulière gravité ». (Nous soulignons.)

[586] V CEDH, Lingens c. Autriche, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 103.

Ce raisonnement semble confirmé par la Cour de cassation qui dégage le critère de l'intérêt général notamment dans Cass. civ. 1ère, 29 mars 2017, n° 15-28813 : « La liberté de la presse et le droit à l'information du public autorisent la diffusion de l'image de personnes impliquées dans un événement d'actualité ou illustrant avec pertinence un débat d'intérêt général, dans une forme librement choisie, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine ».

expressions et notamment pour toutes les expressions artistiques. Il nous paraît d'autant plus erroné qu'en l'espèce les photographies de David Hamilton, si elles ont incontestablement un caractère artistique et un intérêt esthétique et sont soigneusement mises en scènes, n'ont aucune portée politique ou sociale[587]. Il serait plus cohérent de considérer indépendamment chaque œuvre d'art litigieuse comme le fait la CEDH pour effectuer *in concreto* un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte au droit à l'image et l'expression protégée. Cet arrêt[588] montre cependant bien qu'en matière de liberté artistique comme de liberté d'information, la dignité de la personne humaine constitue une limite à la liberté d'expression, la cour d'appel déclarant même qu'une atteinte à la dignité du sujet représenté constitue « la seule restriction indiscutable à la liberté de création de l'artiste »[589].

B. La dignité humaine, limite non absolue à la liberté d'expression

Se pose ensuite la question de l'articulation du respect de la dignité et de la liberté d'expression. Le principe de respect de la dignité est-il équivalent et à mettre en balance avec la liberté d'expression ou constitue-t-il une limite absolue qui rend automatiquement illicite toute expression qui y contreviendrait ?

Derrière cette question se trouve celle de la nature du principe de respect de la dignité. Selon une première conception, la dignité humaine ne pourrait être considérée comme un droit fondamental car elle serait un principe directeur sous-tendant tous les droits fondamentaux. Ainsi, le principe de dignité n'est pas protégé en tant que tel par la Convention EDH ; la CEDH considère en revanche qu'il représente, avec la liberté, « l'essence même de la Convention »[590].

---

[587] En l'espèce il y avait de bonnes raison de ne pas accueillir la demande de l'appelante, qui agissait en référé, du fait de l'autorisation d'exploitation qui avait été accordé par ses parents au photographe lors de sa minorité, ce que semble relever la Cour à la fin de son arrêt : « Qu'enfin, le point de savoir si la publication des ouvrages en cause nécessitait, pour être licite, une autorisation expresse de Mme M. mérite un débat de fond dont la solution ne s'impose pas avec évidence ; que cette difficulté suffit à priver le trouble allégué du caractère manifestement illicite, au sens de l'article 809 alinéa 1er du nouveau code de procédure civile ». Nous approuvons donc la solution mais sommes intrigués par le raisonnement en termes de droit fondamentaux qui la précède.

[588] V. aussi CA Paris, 5 nov. 2008, n° 07/10198.

[589] CA Paris, 5 octobre 2007, n° 07/04603.

[590] CEDH, Christine Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juil. 2002, n° 28957/95, § 90.

C'est pourquoi certains auteurs estiment qu'il devrait se trouver au-dessus de la traditionnelle balance des intérêts et s'imposer comme limite absolue à tous les droits fondamentaux[591].

Il ne semble pourtant pas que, dans la jurisprudence française, la dignité constitue une limite absolue à la liberté d'expression. La question est difficile dans la mesure où la violation du respect de la liberté d'expression n'est que très rarement retenue[592]. De plus, la Cour de cassation n'a jamais, à notre connaissance, explicitement mis en balance la liberté d'expression et le respect de la dignité. Cependant, elle commente dans son *Rapport annuel* de l'an 2000 :

> « La règle qui se dessine est que l'image d'une personne impliquée objectivement – comme acteur, témoin ou simple figurant – dans un événement d'actualité dont l'importance justifie qu'il soit communiqué au public est licite (sur le fondement du principe, à valeur constitutionnelle, de la libre communication des informations), dès lors que l'image publiée respecte la dignité de la personne humaine (*autre principe de même valeur*[593]) – cette dernière notion devant être appréciée au regard de la nature de l'événement considéré (que l'on se reporte aux photographies de déportés, de détenus ou de réfugiés, souvent attentatoires en elles-mêmes à la dignité de la personne, et cependant utiles à la prise de conscience du public sur les implications de l'événement). »[594]

Ce rapport paraît envisager la possibilité qu'une photographie portant atteinte à la dignité de la personne soit tout de même justifiée par son caractère informatif et utile au débat public. En effet, nous pouvons trouver des décisions du juge du fond qui opèrent, dans une certaine mesure, une balance entre ces deux droits.

---

[591] V. par exemple M. Fabre-Magnan, « La dignité en Droit : un axiome » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 58, 2007, qui explique que : « parfois être mis en balance avec d'autres droits et libertés fondamentales (par exemple droit au respect de la vie privée contre liberté de l'information), le principe de dignité de la personne humaine ne peut se voir opposer aucun droit ou liberté même fondamentale » (p. 17).

[592] À notre connaissance une image d'actualité n'a été jugée contraire à la dignité humaine par la Cour de cassation que lorsque celle-ci présentait de façon sensationnelle le corps d'une personne juste décédée. V. Cass. civ. 1ère, 20 déc. 2000, n° 98-13.875 et 1 juil. 2010, n° 09-15.479.

[593] Nous soulignons.

[594] J.-P. Ancel, « La protection des droits de la personne dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation » *in* Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2000, à propos des arrêts Cass. civ. 1ère., 20 déc. 2000, n° 98-13.875 et 20 févr. 2001, n° 98-23.471.

Il est possible d'évoquer en particulier un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en 2008 à propos d'un livre humoristique qui s'accompagnait d'une poupée vaudou à l'effigie d'un ancien Président de la République[595]. Ce dernier demandait l'interdiction de l'ouvrage sur le fondement de son droit à l'image ainsi que sur celui du respect de la dignité de la personne. La cour a en l'espèce constaté que la poupée vaudou dépassait les limites de la satire politique et qu'en incitant le lecteur à lui porter une atteinte physique – même symbolique –, elle constituait une atteinte à la dignité de la personne du demandeur[596]. Pourtant, elle ne prononce pas la mesure d'interdiction demandée au motif que celle-ci « n'est pas proportionnée et adéquate en ce qu'elle est une mesure spécialement attentatoire à la liberté d'expression qui se manifeste dans cet ouvrage » et se contente d'ordonner l'apposition d'un bandeau mentionnant la décision sur tous les exemplaires du coffret[597]. La juridiction montre bien ici son souci de concilier liberté d'expression et dignité et partant, leur égale valeur de principe.

Ainsi que le note Florence Bellivier, il peut s'agir d'un effet inattendu de l'introduction de la notion de dignité à l'article 16-1 du code civil :

> « En 1994, le législateur n'avait sans doute pas prévu ce retournement : en proclamant la dignité de la personne pour mieux assurer l'exploitation – encadrée – de son corps, […] il allait permettre à la dignité de [la personne] de prospérer mais aussi, par là même, d'être mise en tension avec d'autres droits fondamentaux, par exemple le droit à l'information ou le droit à la liberté d'expression et, par là même, d'être circonscrite. »[598]

C'est donc finalement le succès de la notion de dignité, ou du moins son utilisation dans des domaines variés – publications de presse ou les productions artistiques – qui rend nécessaire sa mise en balance avec, notamment, le droit à la liberté d'expression.

---

[595] CA Paris, 14e ch., sect. B, 28 nov. 2008, Nicolas Sarkozy c/ SARL Tear et autres.

[596] Selon la Cour, « le fait d'inciter le lecteur à avoir un rôle actif en agissant sur une poupée dont le visage est celui de l'intéressé et dont le corps porte mention d'expressions qui se rattachent à lui, avec des épingles, piquantes par nature, et alors que le fait de piquer volontairement, que sous-tend l'idée de faire mal physiquement, ne serait-ce que symboliquement, outrepasse à l'évidence les limites admises, constitue une atteinte à la dignité de cette personne sans qu'il soit nullement besoin de se référer à quelque croyance vaudou que ce soit ».

[597] La mesure a pu être critiquée pour son inefficacité à réparer une atteinte à la dignité. V. ainsi A. Lepage, « Liberté d'expression - La dignité du président de la République à l'épreuve de sa poupée vaudou » *in Communication Commerce électronique*, fév. 2009, comm. 17.

[598] F. Bellivier, *Droit des personnes*, LGDJ, 2015, p. 126.

Paragraphe 2. Lutte contre les discours offensants et liberté de création

Un autre domaine qui voit s'affronter liberté d'expression et dignité de la personne humaine est celui de l'interdiction des expressions discriminatoires et de celles incitant à la haine ou à la violence. Il existe en ce domaine un encadrement législatif spécifique, en particulier la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Ce texte prévoit plusieurs dispositions pénales propres à limiter certains types d'expressions notamment les délits d'injure publique – laquelle est aggravée lorsque l'injure est discriminatoire[599] –, de diffamation[600] et de provocation à la discrimination ou à la haine raciale [601].

Indépendamment de la loi de 1881, laquelle ne concerne pas directement la protection de la dignité de la personne[602], une jurisprudence civile et administrative s'est construite autour de la notion de dignité. Nous pouvons en effet trouver plusieurs décisions qui limitent la liberté d'expression lorsqu'un message discriminatoire porte atteinte à la dignité d'un groupe de personnes. Cette limitation se fonde sur l'article 16 du code civil, qui protège la dignité humaine, sans qu'il n'y ait besoin d'un texte spécifique (A). Une question qui peut alors se poser est celle savoir si l'intention de la personne à l'origine du discours peut être prise en compte (B).

[599] L'injure publique, bien que prévue par le loi de 1881 sur la liberté de la presse, est une infraction qui dépasse largement le champ de la presse puisqu'il s'agit, selon l'art. 23 de la loi, de toute injure communiquée par : « des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ».

Pour l'injure publique discriminatoire, v. art. 33 de la même loi.

[600] Art. 29 à 32 de la loi de 1881.

[601] Art. 24 de la loi de 1881 qui vise aussi la provocation à la commission de certains crimes et délits et l'apologie de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité, etc.

[602] Bien qu'elle puisse y être rattachée par certains éléments. L'article 35 de cette loi, introduit en 2002, dispose par exemple que « la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, lorsque cette reproduction prote gravement atteinte à la dignité d'une victime et qu'elle est réalisée sans l'accord de cette dernière, est punie de 15.000 euros d'amende ». Le respect de la dignité est aussi un élément parfois pris en compte par les juridictions dans leur application de l'article 33 de la loi de 1881. V. CA Paris, ch. 11 sect. A, 5 mai 1993 et CA Douai, ch. corr. 6, 25 janv. 2007.

A. La portée générale de l'article 16 du code civil

De récents développements, amenés par les réactions judiciaires à une exposition d'art contemporain, sont venus préciser en matière civile la portée de l'article 16 du code civil pour venir éventuellement restreindre la liberté artistique.

En l'occurrence, une association chrétienne, choquée par certaines œuvres accessibles au public dans le cadre d'une exposition intitulée « Infamille », a initié plusieurs procédures judiciaires à l'encontre de l'organisateur de cette exposition, le Fonds régional d'art contemporain (FRAC) de Lorraine. L'œuvre qui fait l'objet de ces litiges, créée par l'artiste Eric Pougeau, était composée de plusieurs lettres manuscrites représentant des messages fictionnels laissés par des parents à leurs enfants et décrivant de façon crue les différents sévices qu'ils souhaitaient leur faire subir, afin de représenter le milieu délétère que peut constituer une famille nucléaire. L'association a notamment formé, au civil, une demande de dommages et intérêts sur les fondements de l'article 227-24 du code pénal et de l'article 16 du code civil. Le tribunal de grande instance de Metz accueillit la demande fondée sur l'article 227-24 du code pénal[603] en jugeant que l'infraction était constituée car l'œuvre portait une atteinte grave à la dignité humaine[604] mais la cour d'appel réforma la décision de première instance[605] en jugeant l'action de l'association irrecevable pour défaut de qualité à agir sur le fondement de ce texte[606].

Sur le fondement distinct de l'article 16, l'association estimait que l'œuvre exposée portait atteinte à la dignité de la femme et au respect de l'enfant. La cour d'appel adopta une position très favorable à l'expression artistique en présentant le litige comme une divergence d'opinions ne relevant pas de la justice[607] et surtout en considérant que l'association « ne fait de référence

---

[603] Disposition interdisant la diffusion des messages « à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger » lorsque ceux-ci sont « susceptible[s] d'être vu[s] ou perçu[s] par un mineur ».

[604] TGI Metz, 21 nov. 2013, n° 11/03161.

[605] CA de Metz, 19 janv. 2017, Frac de Lorraine c. AGRIF. V. aussi Cass. crim., 12 janvier 2016 n°15-90.020 (non-lieu à renvoi de la QPC posée par la FRAC portant sur l'article 227-24 du code pénal et sa conformité avec, notamment, la liberté d'expression).

[606] Au terme de l'article 2-3 du code de procédure pénale, une association de protection de l'enfance ne peut exercer ses droits de partie civile que lorsque l'une des infractions de mise en péril des mineurs visées (et dont fait partie celle prévue à l'art. 227-24 du code pénal) fait l'objet d'une mise en mouvement de l'action publique, ce qui n'était pas le cas ici.

[607] Selon la Cour : « La liberté d'opinion fait partie de la liberté d'expression comme le précise l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. En jugeant que les lettres manuscrites de M. POUGEAU sont "particulièrement abjectes" et qu'elles sont attentatoires à la dignité de la femme et au respect de l'enfant, I'AGRIF émet une opinion sur ces écrits. Le FRAC professe une opinion contraire en insistant sur le sens artistique des

utile à aucun texte de loi qu'aurait pu enfreindre le FRAC en exposant les écrits litigieux de M. Pougeau ». Elle considérait en effet que le texte avancé, l'article 16 du code civil, « n'a […] pas valeur normative » et « ne fait que renvoyer au législateur l'application des principes qu'il énonce ».

Ce raisonnement était juridiquement contestable dans la mesure un certain nombre de décisions (évoquées plus haut), y compris des arrêts de la Cour de cassation, ont été prises au visa de l'article 16 du code civil, sans référence à un autre texte spécifique, pour imposer une limite à la liberté d'expression lorsque l'expression litigieuse était considérée attentatoire au respect de la dignité. L'arrêt a ainsi logiquement été cassé par la Cour de cassation qui affirme que « le principe du respect de la dignité de la personne humaine édicté par l'article 16 du code civil est un principe à valeur constitutionnelle dont il incombe au juge de faire application pour trancher le litige qui lui est soumis »[608], confirmant par là l'applicabilité générale de l'article 16 comme une limite à la liberté d'expression, et en particulier de la liberté d'expression artistique, lorsqu'aucun texte spécifique ne s'applique.

B. La prise en compte de l'intention discriminatoire

Un message illicite peut viser le handicap ou la maladie. Ainsi, des affiches publicitaires pour l'entreprise Benetton qui représentaient certaines parties du corps humain tatouées de la mention *« HIV positive »* (ou séropositif au VIH) ont été jugées « dégradante pour la dignité des personnes atteintes de manière implacable en leur chair et en leur être » par la cour d'appel de Paris[609] . Une décision similaire fut prise à l'encontre d'une peluche nommée « Nazo le schizo » au motif qu'elle constituait « une moquerie ayant pour effet de provoquer à l'encontre des malades atteints de schizophrénie un phénomène de dérision et de discrimination et constitutif comme tel d'une atteinte à leur dignité en contravention avec les dispositions de

textes calligraphiés de M. POUGEAU. Toutes les opinions peuvent être ainsi exprimées sous le régime de la liberté, sans qu'aucune des opinions divergentes puisse prévaloir d'un point de vue juridique ».

608 Cass. civ. 1ère, 26 sept. 2018, n° 17-16089.

609 CA, ch. 1 sect. A, 28 mai 1996 qui considère qu'« a abusé de sa liberté d'expression, l'entreprise auteur d'une campagne publicitaire faisant apparaître sur des affiches la photographie de certaines parties du corps humain portant le tatouage "HIV positive" » en ce qu'« en imposant au regard, en des lieux de passage public forcé ou dans certains organes de presse, l'image fractionnée et tatouée du corps humain, cette entreprise a utilisé une symbolique de stigmatisation dégradante pour la dignité des personnes atteintes de manière implacable en leur chair et en leur être, de nature à provoquer à leur détriment un phénomène de rejet ou de l'accentuer ».

l'article 16 du code civil »[610]. Figurent aussi, parmi les atteintes à la dignité, des messages racistes ou antisémites, comme l'illustrent les décisions du Conseil d'État interdisant les spectacles de l'humoriste Dieudonné au motif que ceux-ci contreviennent à la dignité humaine, elle-même composante de l'ordre public[611].

Toutes ces décisions montrent bien en quoi la notion de dignité humaine est difficile à manier, en particulier dans le contexte de l'interdiction des discours discriminatoires. Il est particulièrement délicat de savoir à quel point l'intention de l'émetteur d'un message perçu comme discriminatoire doit être prise en compte. Ainsi, doit-il s'agir d'une atteinte à la dignité lorsque l'intention déclarée est de prévenir ou de dénoncer certaines discriminations – comme affirmait vouloir le faire la marque Benetton avec sa campagne publicitaire – ou de les évoquer avec une certaine distance et sur un registre comique – comme dans le cas de la peluche « Nazo le Schizo » ou du spectacle de Dieudonné ? Cette question peut particulièrement se poser lorsqu'un discours potentiellement discriminatoire est véhiculé par une œuvre d'art. En effet, l'œuvre peut, d'une part, être sujette à des interprétations diverses et, d'autre part, elle traite souvent son sujet avec une certaine distance critique.

Par exemple, l'une des tendances générales de l'art contemporain est de représenter des corps marginalisés, notamment des corps handicapés ou malades[612]. L'art corporel reprend cette évolution en la radicalisant puisqu'il ne s'agit plus alors de représenter mais de montrer directement. Ce mouvement permet aussi à des artistes d'exposer les signes physiques de leur maladie. Ainsi, les performances masochistes extrêmes de l'artiste américain Bob Flanagan, atteint de la mucoviscidose, sont pour l'artiste une manière d'exposer son corps marqué par la maladie et de se réapproprier la douleur celle-ci que lui inflige[613]. Dans de tels cas, il ne semble pas y avoir nécessairement d'atteinte à la dignité dans la mesure où, comme souvent dans l'art

---

[610] CA Versailles, ch. 14, 24 Novembre 2004.

Il est aussi possible de penser à CE, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, n° 136727, qui s'oppose à l'utilisation d'une personne atteinte de nanisme dans des jeux dégradants pour la dignité de la personne humaine.

[611] CE, Ord. 9 janvier 2014, Ministre de l'Intérieur, n° 374508 et CE, 21 juin 2018, SARL Les Productions de la plume, n° 416353.

[612] V. par exemple S. Korff Sausse, « La mise en images du corps handicapé dans l'art contemporain » *in Alter*, vol. 4, n° 2, 2010, p. 82-93, ainsi que de la même auteure, « Le corps extrême dans l'art contemporain » *in Champ psychosomatique*, n° 42, 2006, p. 85-97.

[613] Nous pouvons aussi penser à la relation qu'entretien l'œuvre de Ron Athey, artistique de perfromance séropositif, à l'épidémie du SIDA. V. P. Liotard, « Écriture charnelle du témoignage dans le body-art : Bob Flanagan et Ron Athey » in C. Perrin (dir.), *Corps et témoignage*, Presses universitaires de Caen, 2006, p. 135-146.

corporel, l'artiste présente son propre corps marginalisé afin de se réapproprier les stigmates[614] qui lui sont associés.

Le fait que la personne susceptible d'être victime d'une discrimination soit aussi l'émetteur d'un message discriminatoire n'entraîne pas d'excuse du fait du consentement[615] mais semble en revanche pouvoir être pris en compte au titre de l'intention de l'expression. La question qui se pose ici est celle de savoir si une expression doit être traitée différemment lorsqu'elle prend la même forme que celle d'une expression discriminatoire mais revêt une intention différente, celle justement de dénoncer cette discrimination. Nous pouvons prendre l'exemple, pour illustrer ce propos, du spectacle *Exhibit B* qui a fait l'objet d'une décision du tribunal administratif de Paris en 2014[616]. Cette œuvre créée par un artiste sud-africain présentait des « tableaux vivants » composés de comédiens noirs, reprenant ainsi dans une certaine mesure le dispositif des « zoos humains » de la période coloniale, mais avait pour objectif de dénoncer le passé raciste des pays occidentaux.

Ce type de démarche artistique peut être considéré comme spécifique à l'art contemporain et notamment à l'art corporel, lequel cultive une forme de distance à son sujet, voire parfois d'ironie, et qui peut être à ce titre dépourvu d'interprétation littérale[617]. Le peu de jurisprudence en la matière ne permet pas de dégager une pratique cohérente des juridictions sur la prise en compte de l'intention d'une expression potentiellement discriminatoire. Ainsi le juge des référés du tribunal administratif de Paris a pris en compte l'intention de l'artiste dans le cas d'*Exhibit B* pour conclure à l'absence d'atteinte à la dignité de la personne humaine. Il releva

---

[614] Ce mot est repris à dessein des travaux du sociologue américain Goffman, exposés dans *Stigmate : Les usages sociaux du handicap*, Editions de Minuit, 1975.

[615] V. CE, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, n° 136727.

V. aussi pour une application de ce principe par le juge judiciaire du fond, un arrêt de la cour d'appel de Paris dans une situation relative au droit à l'image (pôle 2, ch. 7, 27 mai 2015, n° 13/00051) :

« Au demeurant, l'évolution de la jurisprudence, tend à considérer que le consentement d'un individu à des actes attentatoires à sa dignité ne suffit pas à justifier ou autoriser ceux-ci. L'atteinte à la dignité de l'Homme dépasse la notion subjective qu'il peut avoir de celle-ci. Il en est ainsi des décisions du Conseil d'État quant au "lancer de nains" ou de celles de la CEDH relatives à des pratiques sado-masochistes. La rédaction récente de l'article 16 du code civil, ne saurait être considéré comme une application rétroactive de la notion de dignité de la personne humaine qui préexiste à ce texte ».

[616] TA de Paris, Ord. 9 décembre 2014, Centre Dumas-Pouchkine, n° 1430123.

Pour une revue des oppositions à cette œuvres qui se voulait antiraciste, v. M. Cervulle, « Exposer le racisme. Exhibit B et le public oppositionnel » *in Études de communication*, vol. 48, n° 1, 2017, p. 37-54.

[617] V. A. Adler (« What's Left: Hate Speech, Pornography, and the Problem for Artistic Expression » *in California Law Review*, vol. 84, n° 6, p. 1499, 1996) sur l'art post-moderne. L'auteure montre comment des artistes féministes se sont réapproprié des formes d'expressions sexistes, notamment la pornographie, pour en faire un message dénonçant l'objectification du corps féminin.

en l'occurrence que l'objectif – dénoncer les pratiques racistes représentées sur la scène – était rendu explicite par la présence de panneaux explicatifs[618]. En revanche, dans l'affaire Benetton évoquée plus haut, la cour d'appel de Paris n'a pas examiné l'allégation de l'entreprise ayant créé la campagne publicitaire, selon laquelle cette dernière ne visait pas à stigmatiser les personnes séropositives mais à faire de la prévention contre la transmission du virus du VIH[619]. Bien que l'issue judiciaire de ces affaires diffèrent, toutes deux illustrent la finesse de la limite entre propagation d'un message discriminatoire et dénonciation de celui-ci, limite avec laquelle le droit doit, difficilement, composer. Il n'en reste pas moins que les artistes qui souhaiteraient dénoncer une situation discriminatoire en la donnant à voir encourent toujours le risque d'être mal compris[620]. Ce risque est particulièrement important pour les œuvres d'art parce que l'art revêt une dimension symbolique prééminente, et plus encore dans l'art visuel en ce que les images peuvent toujours être équivoques et sujette à l'interprétation[621].

Au regard de cet exemple, il semble difficile en pratique d'aboutir à un régime juridique qui éliminerait systématiquement toute expression discriminatoire assortie d'une mauvaise intention tout en préservant celles qui ne le sont pas[622]. Se pose à ce titre la question, que nous aborderons dans le chapitre suivant, de la capacité du public et du juge à distinguer – et de la capacité de l'artiste à laisser distinguer – l'œuvre d'art du discours malveillant.

*

[618] Selon le Tribunal, § 5 de l'ordonnance, « la représentation artistique en cause a pour objet de dénoncer, sans ambigüité, l'asservissement des populations noires lors de la période coloniale ainsi que des traitements contraires au principe de respect de la dignité humaine ou aux droits de l'homme dans le monde contemporain ; que, dans ces conditions, la représentation artistique « Exhibit B », alors même qu'elle peut être perçue par les spectateurs ou ses détracteurs comme suscitant, du fait des spécificités de la mise en scène et des sujets abordés, une très forte émotion, ne porte pas atteinte au respect de la dignité de la personne humaine » .

[619] En l'occurrence, en plus des nombreuses différences (date, juridiction, etc.) qui distinguent les deux décisions, il est possible de noter que la publicité de Benetton n'avait pas d'ambition artistique (mais uniquement commerciale), contrairement à l'exposition *Exhibit B*.

[620] *Exhibit B* a ainsi été mis en cause par une association antiraciste qui estimait que l'exposition de personnes noires comme un divertissement est contraire à la dignité de la personne humaine quelque soit l'intention affichée.

[621] La décision du TA de Paris concernant *Exhibit B* note d'ailleurs comme un élément déterminant la présence de panonceaux explicatifs précisant l'intention de l'artiste.

[622] V. A. Adler, « What's Left: Hate Speech, Pornography, and the Problem for Artistic Expression » *in California Law Review*, vol. 84, n° 6, p. 1499, 1996.

Du fait de la construction même de la Convention EDH, centrée autour de la protection de la démocratie en tant que régime politique, la liberté d'expression telle qu'elle est conçue par l'article 10 est principalement préoccupée par la protection des expressions directement politiques, qui contribuent au débat public et à la pluralité des opinions dans l'espace public. Ainsi, la protection de l'art par l'article 10 de la Convention favorise, au sein de la production artistique, les œuvres qui sont le plus explicitement engagées et véhiculent un message politique ou social clair, ce qui créée une hiérarchie au sein des expressions protégées qui est peu favorable aux œuvres les plus symboliques ou esthétiques.

De plus, les œuvres d'art corporel rencontrent une difficulté supplémentaire. Alors que ces œuvres sont davantage susceptibles d'être prohibées pour des raisons tenant à la morale – par exemple, dans le droit français, par application de l'article 227-24 du code pénal visant à la protection des mineurs –, la CEDH laisse précisément une plus large marge d'interprétation aux États lorsque ces derniers imposent des restrictions à la liberté d'expression pour des raisons qui tiennent à la protection de la moralité. Les œuvres d'art corporel bénéficient donc, de fait, d'une protection moindre.

Au-delà de ces facteurs internes qui tiennent à la conception même de la liberté d'expression dans la Convention EDH, d'autres limites à la protection de l'art corporel sont posées par des facteurs externes. Ainsi, des principes peuvent venir s'opposer, dans certaines situations, à la liberté d'expression, en premier lieu le principe de dignité humaine. Comme l'attestent des exemples tirés des domaines de la protection de l'image photographique et de la prohibition des discours discriminatoire, la dignité humaine constitue une limite au droit à la liberté d'expression. Toutefois, cette limite n'est pas absolue : lors d'un différend, la dignité humaine peut être mise en balance avec la protection de la liberté d'expression dans le souci de concilier les intérêts en présence.

CHAPITRE 3. UNE LIBERTE DE CREATION A RENFORCER ?

De nombreux ouvrages ou articles récents s'inquiètent d'une recrudescence de la censure des œuvres artistiques[623]. Ce thème est effet discuté par les juristes et les acteurs du monde de l'art, notamment depuis l'affaire Présumés innocents qui a entraîné de vives réactions de la part des artistes et des institutions d'art contemporain[624]. En plus de cette affaire fortement médiatisée, des condamnations civiles, notamment pour diffamation ou violation du droit à la vie privée, ont touché récemment des auteurs reconnus ayant écrit des ouvrages littéraires d'autofictions ou inspirés de faits réels, par exemple Christine Angot[625], Mathieu Lindon[626] ou encore Patrick Poivre d'Arvor[627]. Si le nombre de ces affaires semble augmenter avec l'essor du genre de l'autofiction, aucune modification législative ne paraît toutefois venir accréditer la thèse d'un renouveau de la censure étatique[628]. Pourtant l'utilisation, contre des œuvres d'art, de textes normatifs qui n'était pas destinés à en limiter la diffusion amène à se poser la question de la nécessité d'une « exception artistique ».

La question qui se pose alors est la suivante : jusqu'où peut-on aller au nom de l'art ? Doit-on aller plus loin que la simple liberté d'expression ? En effet, l'exception artistique irait au-delà de la liberté de création ou de la liberté d'expression artistique conçue comme l'obligation négative faite à autrui de ne pas indûment entraver la création ou la diffusion d'une œuvre. L'idée d'une exception artistique est celle d'un régime dérogatoire au droit commun pour les

---

[623] V. par exemple E. Pierrat (dir.), *Le Livre noir de la censure*, Seuil, 2008, E. Pierrat, *Nouvelles morales, nouvelles censures*, Gallimard, 2018 et A. Tricoire, *Petit traité de la liberté de création*, La Découverte, 2011.

Pour une critique de ce mouvement rhétorique v. P. Mbongo, « La banalisation du concept de "censure" » *in Pouvoirs,* n° 130, 2009, p. 17-30.

[624] V. à ce propos P. Mbongo, « Artistes au tribunal ? Sur l'exposition "Présumés innocents" » *in Esprit*, fév. 2007, p. 184-187.

[625] TGI Paris 17e ch., 27 mai 2013, n° 11/13697.

[626] Cass. crim., 27 nov. 2001, n° 00-86.106 et CEDH, Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France [GC], 22 octobre 2007, n° 21279/02.

[627] TGI Paris 7 sept. 2011, n° 10/01674.

[628] *Contra* v. E. Pierrat, « Les formes de la censure » *in* E. Pierrat, *Le Livre noir de la censure*, Seuil, 2008. L'auteur, pour illustrer « le retour de l'État censeur » cite la disposition introduite par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (dire loi « Perben II ») qui complète l'art. 132-45 du Code pénal en permettant à un juge de fixer à une personne condamnée « pour crimes ou délits d'atteintes volontaires à la vie, d'agressions sexuelles ou d'atteintes sexuelles » pendant la période d'un sursis avec mise à l'épreuve l'obligation de « s'abstenir de diffuser tout ouvrage ou œuvre audiovisuelle dont il serait l'auteur ou le co-auteur et qui porterait, en tout ou partie, sur l'infraction commise et s'abstenir de toute intervention publique relative à cette infraction ».

Cette disposition, si contestable soit elle, ne nous paraît pas suffisante pour conclure à un mouvement de censure étatique, d'autant que d'autres réformes presque concomitantes semblent au contraire aller vers une plus grande liberté d'expression – par exemple l'abrogation de l'art. 14 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse prévoyant le contrôle de la presse étrangère par le décret n° 2004-1044 du 4 octobre 2004.

œuvres d'art, qui exclurait le traditionnel contrôle de proportionnalité entre la liberté d'expression et l'intérêt que protège sa restriction, et pourrait s'appliquer aux artistes et aux institutions de diffusion de l'art. Comme le note le philosophe Jacques Solillou dans le cadre d'une étude sur l'« autonomie pénale » de l'art, l'exception artistique se distinguerait de la liberté d'expression en ce qu'elle reposerait sur des justifications différentes. Il ne s'agirait pas de revendiquer, sur le fondement de la liberté d'expression, un « droit de tout dire », mais de réclamer une « rupture avec la loi en la déclarant incompétente à légiférer à l'intérieur [du cercle tracé autour de l'œuvre] »[629].

Au-delà de cette formulation générale, la notion d'exception artistique connaît toutefois de sérieuses difficultés de définition. Ainsi, la nature juridique que pourrait prendre ce régime dérogatoire reste indéterminée, plusieurs pistes étant à ce titre envisageables. Comme le souligne Arnaud Latil, « la nature de l'exception artistique s'avère difficilement identifiable. L'exception artistique peut s'analyser, tour à tour, en immunité pénale, fait justificatif, cause de non-culpabilité, ou encore être qualifiée d'excuse absolutoire »[630].

Il est à noter que l'essentiel des débats autour de l'exception artistique entendent se situer en droit pénal, comme l'illustre cette dernière citation. Au sein même de celui-ci, ils n'abordent souvent que certaines infractions déterminées, et notamment celles traitées aux articles 227-23 et 227-24 du code pénal, relatifs à la protection de l'enfance et notamment à la prohibition de la pornographie infantile[631]. En effet, beaucoup de débat autour de l'exception artistique tournent autour de la légitimité de restreindre l'expression artistique lorsqu'il s'agit de réprimer les représentations sexuelles ou de préserver une certaine morale[632]. Ainsi l'exception artistique n'est envisagée que sous ses aspects les plus symboliques ou médiatiques, alors que ceux-ci ne correspondent pourtant qu'à un faible nombre de procédures judiciaires. Si un régime d'exception artistique était reconnu, sous une forme ou sous une autre, il semble qu'il serait de nature à s'appliquer également, et peut-être plus fréquemment, en droit civil, champ dans lequel il ne semble pourtant pas envisagé – sauf parfois pour ce qui concerne les questions de respect de la vie privée[633].

---

[629] J. Solillou, *L'impunité de l'art*, Editions du Seuil, 1995, p. 19.

[630] A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, LGDJ, 2014, § 131, p. 62.

[631] Ces mêmes articles ayant fondés les poursuites dans l'affaire « Présumés innocents ».

[632] V. par exemple (bien qu'il ne soit pas favorable à l'exception artistique), R. Ogien, *La liberté d'offenser - Le sexe, l'art et la morale*, La Musardine, 2007.

[633] Par exemple A. Tricoire, *op. cit.*, p. 220-230.

Ces débats ont connu un regain particulier à l'occasion des discussions et du vote de la loi LCAP de 2016. Le soutien officiel que celle-ci a apporté à la liberté de création, expressément reconnue, et l'inscription dans la loi de dispositions législatives qui séparent explicitement liberté de création artistique et liberté d'expression, ont en effet alimenté les spéculations autour de l'émergence d'une exception artistique, dont ils auraient, selon certains, jeté les bases[634]. Si le concept de liberté de création a clairement le vent en poupe, peut-il (section 1) et doit-il (section 2) aller jusqu'à l'excuse artistique ?

SECTION 1. L'insaisissable exception artistique

Si l'exception artistique correspond à une revendication forte de la part de nombreux acteurs du monde de l'art, tant le périmètre que la portée de cette exception, de laquelle plusieurs interprétations coexistent, demeurent incertains (§ 1). En tout état de cause, l'exception artistique est absente de la législation française et européenne, bien que la jurisprudence nationale entretienne une certaine ambiguïté à son sujet (§ 2).

Paragraphe 1. Une notion débattue

Si plusieurs conceptions de l'exception artistique peuvent être dégagées (A), seule l'une d'entre elles, l'exception de fiction, est aujourd'hui défendue de manière construite et structurée (B).

A. Un concept aux contours incertains

Si l'exception artistique n'est pas consacrée à ce stade, elle est réclamée par des acteurs du monde de l'art relayés notamment par la presse généraliste[635]. Une analyse des différents écrits à travers lesquels praticiens de l'art ou du droit ont entendu demander l'affirmation de l'exception artistique, sous une forme ou sous une autre, ne permet pas de faire émerger une

[634] Par exemple, N. Heinich, « Une dérive de la notion de "liberté de création" » *in Libération*, 28 février 2016 qui s'oppose justement à une interprétation extensive de la liberté de création consacrée par la loi LCAP.

[635] V. par exemple la pétition publiée pour protester contre l'interdiction du film Baise-moi aux moins de 18 ans, « Baise-moi (pas) » *in Beaux-Arts Magazine*, n° 206, 2001, p. 10 ; ainsi que l'appel en réaction à l'affaire « Présumés Innocents », « Nos libertés, nos droits » *in Le Journal des arts*, 15 décembre 2006, p. 31.

Pour d'autres exemples : A. Tricoire, « Les œuvres doivent rester libres » *in Libération*, 27 déc. 2006 ou encore O. Blanckart, « La loi doit protéger les artistes contre la violence » *in Le Monde*, 28 sept. 2015.

revendication commune claire. La plupart des définitions proposées n'étant pas proposées dans un cadre académique, elles ne sont pas toujours exprimées en termes précis, ni ne proposent de solutions juridiques déterminées. En outre, la majorité des auteurs entretiennent l'ambiguïté autour du périmètre qui serait concerné.

Nous proposerons ici, pour les besoins de cette étude, une définition large de l'exception artistique et prendrons en compte toute dérogation au droit existant, accordée par la loi ou par la jurisprudence, explicitement fondée sur le caractère artistique d'une œuvre. Cette exception artistique impliquerait une liberté plus importante accordée à la création et à la diffusion des œuvres d'art qui placerait l'artiste en dehors des règles de droit, en lui accordant une certaine immunité pour des actes illégaux effectués pour son art. Il est à noter qu'une telle liberté n'est jamais évoquée sous une version « maximaliste ». Ainsi, on ne peut pas accepter « l'Assassinat considéré comme un des Beaux-Arts » proposé par Quincey[636], qui impliquerait par exemple de faire jouer l'exception artistique en cas d'atteintes physiques graves.

Au contraire, l'exception artistique peut parfois uniquement impliquer une prise en compte accrue du caractère artistique de l'œuvre et de l'intention de l'artiste. Toutefois, cette exception, même dans ses acceptions les plus légères, aurait pour conséquence une certaine irresponsabilité justifiée par le caractère artistique de l'action illicite. Le champ de ce régime d'irresponsabilité – partielle ou totale, générale ou cantonnée à certains infractions précises – varie ensuite selon les versions du concept.

À ce titre, il est possible d'établir une typologie – que nous souhaitons la plus complète possible[637] – distinguant trois justifications théoriquement différentes – mais qui peuvent être utilisées cumulativement par ceux qui réclament une exception artistique – qui pourraient sous-tendre l'idée selon laquelle l'art doit bénéficier d'un régime juridique particulier (et favorable), renvoyant à trois conceptions des rapports entre l'art ou l'artiste et son environnement, et auxquelles pourraient correspondre différents régimes d'irresponsabilité.

---

[636] V. T. de Quincey, *De l'Assissinat considédéré comme un des Beaux-Arts*, Gallimard, 2002. Dans cet essai au ton d'humour noir paru en 1854, l'écrivain anglais argue que le crime peut être considéré sous son aspect esthétique et que certains actes peuvent être justifiés par leur beauté.

[637] S'y ajoutent les considérations en termes d'économie du secteur artistique (v. notamment le *Livre blanc. Justice et édition : plaidoyer pour justice adaptée,* Syndicat National de l'Edition, 2003 demandant au juge de prononcer des condamnations pécuniaires modérées pour le secteur de l'édition) que nous n'évoquerons pas ici car ce qui nous intéresse est davantage lié à l'articulation entre l'art et le droit sur un plan plus théorique.

Pour plus de précision v. P. Mbongo, « Réflexion sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste » *in Légipresse,* n° 213, juil-août 2004, p. 85.

Dans une première perspective, l'exception artistique s'explique par l'importance de la liberté artistique et de l'art lui-même. L'expression artistique serait, selon cette conception, tellement nécessaire à la démocratie, ou même à l'humanité[638], qu'il faudrait qu'elle soit protégée en priorité par rapport à d'autres intérêts – notamment la protection de la morale. Dans ce cas de figure, l'exception artistique reflète la position de l'art comme un idéal surplombant, le dommage commis à l'occasion de la création ou de la diffusion ne pouvant justifier d'atteindre à la liberté de l'artiste. Cette conception tend à justifier un régime spécial d'immunité pour toutes les actions ayant trait à la création ou à la diffusion d'œuvres d'art.

Une seconde perspective sur l'exception artistique implique de dissocier l'univers de la création artistique du reste de la société et d'insister sur l'indépendance de l'art. Ainsi, l'œuvre ne s'inscrirait pas sur le même plan que le « monde réel », ce qui justifie l'absence de responsabilité de l'artiste. C'est la position défendue notamment par le professeur de droit britannique Paul Kearns, qui soutient que l'art fonctionne selon une ontologie propre, un mode de fonctionnement qui le distingue des autres phénomènes sociaux[639]. Cette justification s'applique en particulier face à des règles de droit qui n'ont pas été pensées pour réguler la création artistique, puisque le domaine de l'art, considéré comme indépendant, devrait être uniquement régi par des règles spécifiques – comme celles du droit d'auteur par exemple. Elle aurait pour conséquence la reconnaissance d'une « exception de fiction » excluant l'application de règles de droit aux créations artistique en ce qu'elles sont distinctes du réel.

Enfin, la troisième conception accorde un statut particulier à l'artiste au sein de la société. L'artiste serait alors un génie créateur parfois proche de la folie, l'art pouvant le conduire comme malgré lui à enfreindre des règles, ce qui justifierait une atténuation de sa responsabilité au titre des dommages causés par son œuvre[640]. L'irresponsabilité de l'artiste pourrait dans ce

[638] Par exemple O. Blanckart précité réclame une immunité pour « la création artistique en tant que libre faculté d'exprimer et de faire partager des visions symboliques du monde : nécessité humaine reconnue comme vitale et consubstantielle, et qui constitue de ce fait un droit incontestable, méritant protection dans un cadre légalement défini ».

[639] Cette idée revient à des nombreuse reprises dans son ouvrage P. Kearns, *Freedom of Artistic Expression: Essays on Culture and Legal Censure,* Hart Publishing, 2014. V., parmi d'autres exemples, p. 63 : « Une attention juridique particulière doit être accordée au média ou au mode spécifique de l'art, qui possède ses propres mécanismes culturels ontologiques, distincts des modes d'expression de la "vie réelle"» (traduction libre de l'anglais). Cet argument est évoqué, tout au long de l'ouvrage, au soutien d'une exception artistique qui exclurait les œuvres d'art du champ d'application d'infraction telle que l'obscénité ou le blasphème.

[640] V. M. Jay, « The Aesthetic Alibi » *in Salmagundi*, n° 93, 1992, p. 17 qui revient sur l'émergence du génie créatif comme une figure qui ne peut être astreintes aux règles communes.

cas être comparée soit à celle des enfants ou des personnes atteintes de trouble psychiques[641] car l'artiste ne serait pas totalement conscient de ses actes[642], soit à une sorte de privilège aristocratique plaçant l'artiste au-dessus des personnes communes[643]. Cette conception serait un fondement pour mettre en place une responsabilité atténuée des artistes, qui dans ce cas ne pourrait bénéficier qu'aux artistes eux-mêmes et non aux institutions artistiques, pouvant par exemple se traduire par une plus large prise en compte du statut artistique d'œuvres litigieuse et par une certaine clémence des juges à leur égard.

B. La proposition d'une exception de fiction

Des trois conceptions suscitées, la plus débattue en France est celle de l'exception de fiction. L'idée d'une telle exception serait de distinguer le discours de fiction du discours réel pour exonérer les œuvres d'art fictionnelles de délits tels que la diffamation, l'injure, l'incitation à la haine ou à la violation de la vie privée[644]. L'exception de fiction ne se superpose pas tout à fait avec une excuse artistique plus générale car elle renvoie à l'idée que le tort causé par une œuvre de fiction est excusable du fait de l'autonomie de l'art par rapport au reste de la société. Ainsi, le caractère fictionnel réduirait la portée à l'atteinte commise. *A contrario*, l'exception artistique ne minimise pas l'atteinte, mais conduit à choisir de ne pas la réprimer en raison de l'existence d'un idéal supérieur, celui de l'art.

---

[641] Ainsi une personne dont le discernement était aboli en raison de troubles psychiques au moment des faits est irresponsable sur le plan pénal (article 122-1 du code pénal). Il en est de même des mineurs incapables de discernement (article 122-8 du même code).

En revanche, les mineurs (Cass. ass. plén., 9 mai 1984, n° 80-93031 et 80-9348) comme les incapables majeurs (article 414-3 du code civil) sont bien responsables civilement.

[642] V. C. Cadaureille, « L'irresponsabilité pour une liberté transgressive » *in Marges*, n° 9, 2009, p. 51-67.

[643] V. N. Heinich, *L'élite artiste. Excellence et singularité en régime démocratique*, Gallimard, 2005.

La même auteure critique une exception artistique fondée sur ce statut particulier dans *Le Triple jeu de l'art contemporain*, Editions de Minuit, 1998, p. 344, en s'indignant de la position qui considérerait « que l'artiste, surtout d'avant-garde, bénéficiait d'un statut spécial au regard de la citoyenneté, voire qu'il ait des droits que les autres citoyens n'ont pas, y compris celui d'être considéré comme étant au-dessus des lois, tel un héros à qui tout est permis, à qui nul n'a la droit d'interdire quoi que ce soit, parce qu'en lui se projette le fantasme infantile de toute-puissance de celui à qui nulle loi ne résiste ».

[644] L'idée est bien exprimée par les requérants dans CEDH, Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France [GC], 22 octobre 2007, n° 21279/02, § 51 : « Les requérants reprochent cependant à la cour d'appel d'avoir, pour les besoins de l'examen de leur cause, recherché la pensée de l'auteur dans des propos tenus par des personnages de fiction dans une situation elle-même fictive, et fondé ses conclusions quant à la nature diffamatoire des passages en cause sur la distance prise ou non par l'auteur par rapport auxdits propos. Selon eux, un tel procédé aboutit à l'enfermement de la littérature dans des règles rigides, incompatibles avec la liberté de création et d'expression artistiques. »

L'exception de fiction est notamment défendue par l'Observatoire de la liberté de création de la Ligue des droits de l'Homme qui affirme dans son manifeste signé par de nombreux artistes le « statut exceptionnel » de l'œuvre d'art du fait de son caractère fictionnel entrainant qu'elle « ne saurait, sur le plan juridique, faire l'objet du même traitement que le discours qui argumente, qu'il soit scientifique, politique ou journalistique »[645]. Ce manifeste propose aussi des mesures législatives concrètes, en particulier « l'exclusion expresse des œuvres du champ d'application des articles 24 de la loi de 1881 [pénalisation de l'incitation à commettre certains crimes ou délits et de l'incitation à la haine et à la discrimination], et 227-23 [interdiction des images pornographiques montrant des mineurs] et 227-24 [pénalisation des messages violents, pornographiques ou portant une atteinte grave à la dignité humaine susceptibles d'être vus ou perçus par des mineurs] du code pénal »[646].

La réflexion pourrait mériter en effet d'être ouverte, non pas tant pour l'article 227-23 du code pénal[647] mais pour les deux autres textes cités. Deux raisons nous poussent à considérer qu'un débat sur la portée des articles 24 de la loi de 1881 et 227-24 du code pénal pourrait s'avérer pertinent. Tout d'abord, ces deux textes – à l'inverse justement de l'article 227-23 du code pénal prohibant les images pornographiques de mineurs[648] – ne visent pas à réprimer un dommage directement causé à une ou plusieurs personnes déterminées mais plutôt à empêcher des expressions qui participent d'un climat (de violence, de haine, d'immoralité, etc.)[649], ce qui est évidemment plus abstrait et difficile à mesurer mais peut sembler pouvoir exclure l'expression

[645] *Manifeste de l'observatoire de la liberté de création*, publié en mars 2003 dans plusieurs journaux culturels, consultable en ligne [https://www.ldh-france.org/Le-manifeste-de-l-Observatoire-de/].

[646] Le Manifeste demande également « l'abrogation : de l'article 14 de la loi de 1881 [possibilité d'interdire des journaux étrangers abrogé depuis 2004], de l'article 14 de la loi de 1949 [restriction d'accès de certaines publications aux mineurs] ».

[647] Disposition qui a une forte portée symbolique dans le domaine de l'art parce que c'est notamment sur ce fondement qu'avaient été poursuivis les commissaires de l'exposition « Présumés innocents ». Elle n'a servi, à notre connaissance, pour interdire une œuvre à caractère artistique que dans le cas de dessins animés de style mangas représentant de jeunes enfants sexualisés au titre de l'interdiction de la « représentation » pornographique de mineurs visée dans par texte. V. Cass. crim., 12 sept. 2007 n° 06-86.763.

[648] Bien qu'une discussion puisse alors être ouverte sur la représentation pornographique virtuelle (en dessin notamment) des mineurs qui est également punie par ce texte depuis sa modification par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998. Il est alors possible d'arguer qu'une telle représentation n'a pas lieu d'être pénalisée par ce texte en ce que, ne s'étant pas servie d'un véritable enfant, elle n'a pas causé de dommage. V. par ex. J. Hauser, « L'enfant ou l'enfance ? Le droit à l'image » *in D.* 2010, p. 214 ou D. Lefranc, « De la représentation pornographique de l'enfance dans un dessin animé » *in D.,* 2008, p. 827.

[649] V. ici notamment la distinction entre dommage (causé à une personne) et offense (qui n'a pas de victime particulière) que fait le philosophe Ruwen Ogien pour justifier une liberté d'expression très large, en particulier en ce qui concerne la sexualité, dans *La liberté d'offenser - Le sexe, l'art et la morale*, La Musardine, 2007.

artistique en ce que celle-ci prend normalement une certaine distance – qui peut être fictionnelle ou réflexive – avec son sujet.

Ensuite, l'utilisation de ces textes qui sont régulièrement invoqués lors de procédures judiciaires concernant des œuvres d'art par des associations religieuses, culturelle, voire antiracistes peut poser question[650]. Ce qui est en cause ici n'est donc pas l'interprétation de tels textes par les juridictions qui sont au contraire réticentes à censurer des œuvres artistiques[651], mais leur instrumentalisation pour initier un certain nombre de procédures qui, même si elles n'aboutissent à aucune condamnation, peuvent conduire à une forme d'autocensure des artistes, éditeurs ou lieux d'exposition. En particulier, l'article 227-24 du code pénal, dont la formulation est très large – puisqu'elle désigne les messages « susceptible[s] d'être vu[s] ou perçu[s] par un mineur » – peut donner prise à un usage pouvant sembler abusif, par exemple lorsqu'il est invoqué à l'encontre d'ouvrages littéraires destinés à un lectorat adulte[652]. Il nous semblerait donc qu'une restriction du champ d'application de cet article en particulier pourrait être utile pour éviter de telles situations[653] ; en revanche, l'idée d'une exception de fiction généralisée ne serait pas forcément souhaitable.

---

[650] V. par exemple P. Mbongo, « Artistes au tribunal ? Sur l'exposition "Présumés innocents" » *in Esprit*, fév. 2007, p. 184-187.

[651] Ainsi l'article 227-24 du code pénal n'a à notre connaissance jamais servi à condamner les créateurs ou distributeurs d'œuvres d'art. Il a en revanche été utilisé par des juridictions administratives pour annuler des visas d'exploitations cinématographiques accordés à des films interdits aux moins de 16 ans en raison de ce que, très explicitement sexuels ou violents, ils ne devraient pas pouvoir être accessibles à des mineurs. V. CE, 30 juin 2000, n° 222194 et 222195 à propos du film *Baise-moi* ou CE, 10ème/9ème SSR, 1er juin 2015 n° 372057 sur le film d'horreur *Saw 3D*.

De plus, dans certaines décisions, les juridictions font explicitement état de leur volonté de ne pas être censeur. Ainsi dans l'arrêt de la cour d'appel de Versailles à propos des paroles du rappeur Orelsan (18 févr. 2016, RG n° 15/02687, évoqué *infra* p. 207), la cour déclare : « Le domaine de la création artistique, parce qu'il est le fruit de l'imaginaire du créateur, est soumis à un régime de liberté renforcé afin de ne pas investir le juge d'un pouvoir de censure qui s'exercerait au nom d'une morale nécessairement subjective de nature à interdire des modes d'expression, souvent minoritaires, mais qui sont aussi le reflet d'une société vivante et qui ont leur place dans une démocratie ».

[652] V. TGI Carpentras, 25 avril 2002, Bonnet et autres c. Flammarion et Houellebecq, CA Nîmes, 8 avr. 2004, Promouvoir c. Léo Scheer, TGI de Paris, 17e ch., 16 nov. 2006, Ministère Public c. Bénier-Bürckel et autres.

[653] Que cette restriction prennent la forme d'une exclusion expresse des œuvres d'art ou celle d'une exclusion des messages (artistiques ou non) clairement destinés à un public majeur. Ainsi, le député Michel Pezet, lors des débats en Commission mixte paritaire sur le projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal, se déclarait hostile à ce que les dispositions proposées tendent à punir les messages pornographiques à destination des majeurs, et a exprimé sa préférence pour une limitation du champ du délit aux seuls messages destinés aux mineurs (*Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes*, 1er juil. 1992, p. 15)

V. aussi N. Disseaux, « Littérature et procès » *in D.* 2017, p. 65, qui s'inquiète de la formulation vague et large de de l'article 227-24 du code penal, et D. Lefranc, « L'art affolant : qu'est-ce qu'une œuvre pornographique ? » *in*

L’exception de fiction emprunte à la théorie littéraire ou à la linguistique pour tenter de distinguer ce qui relève ou non de la fiction – et donc du droit[654]. Certains auteurs s’appuient ainsi sur la notion de pacte de fiction[655] soit la connivence qui s’établit entre l’écrivain et son lecteur, d’autres sur celle de polyphonie énonciative[656] soit la distanciation entre l’auteur d’un énoncé et son narrateur. Tous relèvent que s’il est impossible de définir strictement la fiction à partir de critères figés, celle-ci peut être reconnue à certains éléments textuels ou contextuels. Anna Arzoumanov et Arnaud Latil citent ainsi le genre dans lequel s’inscrit l’énoncé, les qualités du locuteur et, dans le texte lui-même, « les indices typographiques, matériels et linguistiques » tels que « l'usage de guillemets, d'italiques, le choix des temps et des modes des verbes (le conditionnel ou le subjonctif) ou encore le recours à ce que la linguistique appelle des “modalisateurs” (termes traduisant la subjectivité) »[657] tandis qu’Agnès Tricoire évoque « l’origine du texte, le paratexte (notes, dédicaces, préface), le titre, les temps verbaux dominants, l’objectivité ou non de la formulation des phrases, le caractère informatif ou non du texte, son ton sérieux ou non, la présence de personnage, de dialogues, le type de vocabulaire utilisé, les procédés utilisés pour donner l’illusion de la réalité, le but du texte »[658].

Cependant, il nous semble que cette distinction entre la fiction et la réalité est minimalement utile dans la mesure, d’abord, où une œuvre littéraire entièrement fictionnelle n’a pas forcément besoin de la protection l’exception de fiction. Elle est déjà naturellement exclue du champ d’application de la plupart des règles juridiques qui peuvent atteindre les œuvres d’art – ainsi on ne peut diffamer ni atteindre à la vie privée d’un personnage purement inventé.

Juris art etc., n°22, 2015, p.18, qui considère que le terme « pornographique » doit être remplacé par celui d’« explicitement sexuel » pour ne pas inclure les représentations de la nudité sans contexte sexuel.

[654] Il faut noter ici que la possibilité même de distinguer les faits de la fiction peut être remise en cause par un courant « panfictionnaliste » postmoderne (dont pourraient faire partie Barthes, Ricœur ou Lacan) qui postulerait, très schématiquement, que tout ce qui passe par la médiation du langage est nécessairement « fictionnalisé ».

Cette position s’oppose à des auteurs qui défendent la possibilité de définir la fiction, à partir de sa fonction (v. J.-M. Schaeffer, *Pourquoi la fiction ?*, Seuil, 1999) ou en lui reconnaissant une ontologie propre (F. Lavocat, *Fait et fiction*, Seuil, 2016).

[655] Notion empruntée du philosophe américain J. Searle évoqué par A. Tricoire, *op cit.* et E. Treppoz « Pour une attention particulière du droit à la création : l'exemple des fictions littéraires » *in D.* 2011, p. 2487.

[656] Evoquée, à partir des travaux du linguiste Oswald Ducrot, par A. Arzoumanov et A. Latil, « Juger la provocation onirique : éléments pour une interprétation des expressions polyphoniques » *in Juris art etc.*, n° 50, 2017, p. 39, qui par ailleurs ne sont d’ailleurs pas véritablement favorable à une exception de fiction mais souhaitent que la distance de l’auteur au narrateur soit prise en compte par le juge dans les affaires de provocation à la haine notamment.

[657] A. Arzoumanov et A. Latil, *op. cit.*

[658] A. Tricoire, *op. cit.,* p. 166.

La jurisprudence prend également en compte la distance de l'artiste à son personnage lorsque ce dernier tient des propos injurieux ou qui pourraient provoquer à la haine ou à la violence. Une décision récente de la cour d'appel de Versailles à propos de paroles de rap illustre cette affirmation[659]. Le rappeur Orelsan a en effet été relaxé du chef de provocation à la discrimination à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe ainsi que de celui d'injures publiques envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, desquels il était accusé du fait de paroles de certains de ses morceaux qui évoquaient brutalement des actes de violence conjugale. La cour d'appel a ici clairement reconnu la fiction ainsi que le genre artistique particulièrement provocateur dans lequel s'inscrivent les paroles litigieuses. La cour relève que l'auteur « n'incarne pas ses personnages, au demeurant particulièrement médiocres dans les valeurs qu'ils véhiculent, qu'il ne revendique pas à titre personnel la légitimité de leurs discours et qu'une distanciation avec ceux-ci permettant de comprendre qu'ils sont fictifs, est évidente »[660].

L'exception de fiction n'agit ainsi pleinement que dans les cas, assez particuliers, d'œuvres inspirées de faits réels et les maquillant insuffisamment. Ainsi s'il est possible de reconnaître le personnage d'un roman, même si son nom et certains traits sont modifiés, il peut y avoir, selon la jurisprudence actuelle, violation de la vie privée ou diffamation[661]. En effet, les procès pour diffamation ou atteinte à la vie privée d'autrui constituent une large majorité des affaires judiciaires impliquant la littérature que nous avons pu rencontrer et toutes les condamnations concernaient des livres d'autofiction ou inspirés de personnages ou situations réelles[662]. Or ces genres littéraires et en particulier celui de l'autofiction mêlent intimement la fiction avec le réel et peuvent avoir pour objectif esthétique d'instiller le doute dans le pacte de fiction. Ainsi, il n'est pas forcément possible de reconnaître la fiction dans l'autofiction à partir des éléments

[659] CA Versailles, 18 févr. 2016, n° 15/02687.

[660] V. aussi TGI de Paris, 17e ch., 16 nov. 2006, Ministère Public c. Bénier-Bürckel et autres et son commentaire par A. Tricoire, « Quand la fiction exclut le délit, ou la reconnaissance de l'autonomie de la liberté de créer » *in Légipresse*, n° 240, 1er avril 2007, p. 74.

A contraster avec l'analyse, très défavorable à la décision, de M. Vivant, « La création littéraire » *in Droit & littérature*, n° 1, 2017, p. 221 et s. Selon cet auteur, cette décision semble accorder à l'artiste un statut dérogatoire du droit commun discriminatoire et ne se justifie pas face à la réalité des violences faites aux femmes.

[661] V. notamment Cass. civ. 1re, 25 févr. 1997, n° 95-13.545 ; Cass. civ. 1ère, 7 fév. 2006, n° 04-10.941 ; Cass. civ. 1ère, 9 juil. 2003, n° 00-20.289 ; Cass. civ. 2ème, 3 juin 2004, n° 03-11.533 ; Cass. crim., 3 avr. 2007, n° 05-85.885 .

À ce propos, v. notamment H. Skrzypniak, « La responsabilité civile de l'écrivain » *in Droit & Littérature*, n° 1 , 2017, p. 29-43.

[662] V. V. Varnerot, « La fictionnalisation de la vie privée » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 64, 2010, p. 183-244.

cités plus haut[663] puisque les auteurs s'en jouent à dessein et abolissent nécessairement la traditionnelle distance entre l'auteur et le narrateur du discours. Il paraît alors normal, si l'énoncé ne peut être reconnu comme fictionnel sans ambiguïté, que son auteur ne puisse se prévaloir de la fiction devant la justice[664].

De plus, l'exception de fiction, analysée à partir de notions issues des études littéraires, constitue un point de vue qui favorise la littérature plus que d'autres genres artistiques parce que la notion de fiction est rattachée et a surtout été étudiée à partir du roman. Il n'est pas évident qu'une telle exception serait aussi aisée à reconnaître dans le domaine de l'art visuel. Elle demanderait en tout cas d'autres critères d'analyse.

Le *Manifeste* de l'Observatoire pour la liberté de création estime au contraire : « L'œuvre d'art, qu'elle travaille les mots, les sons ou les images, est toujours de l'ordre de la représentation. Elle impose donc par nature une distanciation qui permet de l'accueillir sans la confondre avec la réalité »[665]. Or, cette affirmation nous semble d'abord confondre fiction et représentation, alors que ces deux termes ne sont pas équivalents. Si la représentation constitue une médiation entre la réalité et le récepteur de l'œuvre ou de l'énoncé, elle n'en implique pas pour autant nécessairement la fiction. Il est tout à fait possible de représenter la réalité. Ainsi un texte, même journalistique, qui décrirait une situation réelle représente celle-ci, en rend compte par la médiation du langage écrit, mais ne peut pour autant se prévaloir de l'exception de fiction. De plus, la notion même de représentation exclut de larges pans de la création contemporaine. Nous pouvons penser en particulier à la performance qui refuse la représentation et présente comme œuvre d'art la réalité sans médiation. Il serait impossible de lui appliquer l'exception de fiction car ce qui est présenté n'est précisément pas fictionnel, certaines œuvres ayant même pour

663 V. *supra* p. 206.

664 À cet égard, l'affaire Lindon nous paraît une bonne illustration. Ce livre de M. Lindon, *Le Procès de Jean-Marie le Pen*, se présentait à la fois comme un roman mettant en scène le personnage de Jean-Marie Lepen dans des situation fictives et comme un compte-rendu des réflexions de son auteur face à la montée électorale du Front national. C'est ce mélange qui a pu aboutir à la condamnation en diffamation (v. CEDH, Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France [GC], 22 octobre 2007, n° 21279/02, § 51 et 52). Cette décision peut être contrastée avec CEDH, Karataş c. Turquie, 8 juil. 1999, n° 23168/94.

V. aussi à ce propos E. Treppoz (« Pour une attention particulière du droit à la création : l'exemple des fictions littéraires » *in D.* 2011, p. 2487) qui reconnaît dans les décisions judiciaires une évolution vers « la recherche d'un pacte fictionnel » en prenant comme exemple la décision de la cour d'appel de Paris du18 déc. 2008 concernant l'ouvrage de Patrice Besson « *L'enfant d'octobre" inspiré de l'affaire du "petit Grégory"*. La cour note que par ses procédés narratifs « l'auteur tend à susciter sinon à perpétuer le doute qui peut s'insinuer dans l'esprit du lecteur » quant à la culpabilité de la mère de la victime pour justifier la condamnation pour diffamation.

665 *Manifeste de l'observatoire de la liberté de création*, publié en mars 2003 dans plusieurs journaux culturels, consultable en ligne [https://www.ldh-france.org/Le-manifeste-de-l-Observatoire-de/].

objectif d'interroger la notion d'un art indépendant et d'intervenir directement dans la vie réelle. Cette limite à l'exception de fiction semble d'ailleurs assumée par les auteurs qui y sont favorables. Agnès Tricoire approuve la condamnation de Pierre Pinoncelli, qui a brisé un exemplaire de l'urinoir de Duchamp dans le cadre d'une performance artistique, en raison du dommage matériel bien réel causé au propriétaire de l'œuvre[666]. Ainsi l'exception de fiction semble bien s'appliquer difficilement aux arts visuels comme à la littérature et ne pas prendre en compte l'art contemporain lorsque celui-ci se refuse à la représentation.

Paragraphe 2. Les œuvres artistiques, objets d'exception

Nous évoquerons ici l'exception artistique *stricto sensu*, en la distinguant de l'exception de fiction, c'est à dire la prise en compte du caractère artistique proprement dit d'une œuvre litigieuse[667].

À l'inverse de la situation constatée dans d'autre pays, la France ne reconnaît pas de telle exception artistique dans sa législation (A). La jurisprudence laisse toutefois entrevoir une prise en compte du caractère artistique de l'œuvre dans l'application des diverses règles de droit (B).

A. L'exception artistique dans les textes

Certains droits prennent explicitement en compte le caractère ou la valeur artistique d'une œuvre pour l'exclure du champ d'application de certaines infractions. C'est le cas en particulier

666 Dans un entretien par E. Launet, « Le droit doit englober l'art de son temps » in Libération, n° 7977, 30 décembre 2006, A. Tricoire déclare placer la limite de la liberté de création à l'existence d'un « dommage vérifiable » et cite ainsi l'exemple de l'action de Pinoncelli : « En revanche, quand Pinoncelli tape et retape le duplique de Fountain de Duchamp, il est logique que le centre Georges-Pompidou le poursuive. Que Pinoncelli soit ou non un artiste ne change rien au fait qu'il n'est pas tolérable juridiquement de s'attaquer au bien d'autrui (en l'espèce l'œuvre d'un autre artiste) pour faire de l'art ». V. pour la décision judiciaire concernant cette performance : TGI Paris, 24 janv. 2006, n° 0600631016.

667 Pour reprendre les arguments développés dans les écritures du FRAC de Lorraine dans l'affaire Infamille (cf. CA de Metz, 19 janv. 2017, Frac de Lorraine c. AGRIF), en faveur d'une exclusion de l'œuvre litigieuse du champ de l'article 227-24 du code pénal : « Une œuvre d'art est intrinsèquement polysémique et ne saurait être réduite à un simple discours logique ou à une seule interprétation. S'adonner à l'examen du "message" transmis par une œuvre d'art alors qu'il en existe précisément une multitude, c'est lui nier son caractère polysémique et donc sa qualité même d'œuvre d'art. C'est pourquoi les œuvres d'art, quel que soit leurs supports, doivent être exclues du champ d'application de l'article 227-24 du code pénal lequel n'a pas vocation à censurer les expositions d'art contemporain, diffusion de films ou de livres par exemple alors que le code de la propriété intellectuelle (article L 112-1) protège toute œuvre quel que soit son mérite ». L'action en question ayant été jugée irrecevable, la CA de Metz ne s'est pas prononcée sur ce moyen.

des dispositions qui interdisent le contenu obscène qui, en général, prévoient une exemption pour les œuvres artistiques. Ainsi au Canada, il existe une défense dite « de valeur artistique » à l'obscénité. Une œuvre artistique peut bénéficier de cette exception si l'obscénité répond à un « besoin interne », c'est-à-dire si elle est nécessaire au propos de l'artiste ou à la cohérence de l'œuvre[668]. Cette exception s'avère particulièrement libérale en ce qu'elle ne s'attache qu'à la cohérence interne de l'œuvre, sans examiner l'importance ou l'intérêt de ladite œuvre dans la production artistique ou l'histoire de l'art. En comparaison, aux États-Unis, le juge doit prendre l'intérêt artistique sérieux d'une œuvre dans l'évaluation de son obscénité. Le *Miller test,* mis en place par la Cour suprême en 1973[669], suppose un test en trois étapes afin de déterminer si un matériel est obscène. Il convient de se demander, pour une personne moyenne et selon les standards contemporains, si ce matériel provoque un « intérêt libidineux » (*purient interest*), s'il représente ou décrit la sexualité d'une façon « manifestement choquante » (*patently offensive*) et, surtout, s'il est dépourvu d'intérêt littéraire, artistique, politique ou scientifique sérieux. De même, en Grande-Bretagne, l'*Obscene Publication Act* de1959, qui interdit les publications obscènes prévoit, dans sa section 4, une défense d'intérêt public (*public good defence*) qui exclut du champ d'application de l'infraction les publications qui ont un intérêt scientifique, littéraire ou artistique.

Il est possible de trouver certains exemples d'exception artistique, plus rares, en dehors de la prohibition de l'obscénité. Par exemple, en Irlande, l'article 36 de la loi sur la diffamation de 2009 (*Defamation Act*) déclare, sans mise en œuvre systématique d'une exception artistique, que « les juges tiendront compte de la valeur littéraire, artistique, politique, scientifique ou académique des propos tenus » dans leur appréciation du délit de blasphème.

En France, l'exception artistique ne constitue qu'une revendication, étant aujourd'hui absente du droit français. La loi LCAP de 2016, qui énonce une liberté de création de façon indépendante de la liberté d'expression est certes un symbole de la reconnaissance de la liberté de l'art comme un principe spécial. Elle entretient aussi pour objectif de prendre en compte, dans un texte législatif, les spécificités de la création artistique par rapport à celles de la liberté d'expression traditionnelle[670]. Pourtant cette même loi exclut explicitement l'hypothèse de la

---

[668] V. article 163.8 du code criminel du Canada ainsi qu'A. Latil, *op. cit*., § 129 et 130, p. 61.

[669] À l'occasion de l'arrêt Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

[670] V. l'exposé des motifs du Projet de loi relatif à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine : « Cette reconnaissance législative est désormais essentielle à l'heure où l'environnement de la création artistique connaît de profondes mutations, qui se traduisent par de nombreuses remises en cause affectant la liberté de créer, les choix artistiques des créateurs et plus généralement le rapport du citoyen à la culture ».

mise en place formelle d'une exception artistique. En effet, elle précise dans son deuxième article que la liberté de diffusion des œuvres d'art ne joue que dans la limite du droit existant.

L'exception artistique n'est pas davantage reconnue par les dispositions de l'article 10 de la Convention EDH. En effet, la question de la spécificité de l'expression artistique – et de la plus grande liberté qui devrait lui être accordée – s'est posée dès l'affaire Müller. Ainsi, les requérants, dans cette affaire, avancèrent l'argument d'une exception artistique devant la Commission. Ils soutinrent que « s'agissant d'une recherche artistique sérieuse, aucune intervention étatique quelle qu'elle soit ne serait licite au regard du droit à la liberté d'expression reconnu à l'article 10 par. 1 de la Convention » en réclamant une « protection spécifique de l'art » du fait de l'importance de la création artistique dans une société démocratique et de la particulière vulnérabilité de cette activité[671].

La Commission, comme ensuite la Cour, rejeta cet argument en refusant de distinguer, pour l'application de l'article 10-1 de la Convention, l'expression artistique de toute autre forme d'expression et d'en reconnaître une quelconque spécificité[672]. Ainsi, les artistes (et les organisateurs d'exposition), comme toutes personnes exerçant leur droit à la liberté d'expression, assument des « droits et responsabilités » et sont soumis aux limitations de l'article 10-2[673].

B. Les ambiguïtés de la jurisprudence

En France, comme nous l'avons vu, aucun texte ne prévoit une exception artistique[674]. De plus, les juridictions paraissent souvent réticentes à déterminer la nature artistique ou non de l'objet

[671] CEDH, Commission, 8 oct. 1986, n° 10737/84, § 68.

[672] Ainsi la Commission déclare même qu'il est indifférent, pour sa protection, que l'œuvre d'art litigieuse constitue une expression artistique dans la mesure où « l'article 10 par. 1 (art. 10-1) reconnaît à toute personne le droit à la liberté d'expression, quel que soit le moyen technique utilisé, et que la question de l'éventuelle valeur artistique d'une œuvre ou même la question de savoir s'il s'agit d'une œuvre d'art en tant que telle, ne sauraient être considérées le cas échéant que sous l'angle de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) de la Convention » (*ibid.*, § 68).

[673] CEDH, Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, n° 10737/84, § 33.

[674] La disposition qui s'en rapprocherait le plus pourrait être l'article 433-5-1 du code pénal qui prévoit le délit d'outrage au drapeau ou à l'hymne national. Lors de son adoption ce texte fut déféré au conseil constitutionnel comme contraire à la liberté d'expression. Le Conseil rendit une décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 dans laquelle il assortit cette disposition d'une réserve d'interprétation visant à exclure de son champ d'application (entre autres) les œuvres de l'esprit.

quelles auraient à juger[675], ce qui rend d'autant plus difficile une application prétorienne de l'exception artistique. Pourtant, certaines décisions peuvent laisser penser qu'une prise en compte du caractère artistique d'une œuvre peut influer sur la manière d'y appliquer les règles existantes.

Nous étudierons ici deux exemples particulièrement pertinents pour illustrer les réactions des juridictions confrontées à des œuvres qui utilisent le corps en mêlant art et obscénité. D'une part, il est possible d'observer une certaine prise en compte de l'intention artistique dans des décisions administratives concernant la classification d'œuvres cinématographiques qui comprennent des scènes pornographiques (1). En revanche, si les juges du fond paraissaient prendre en compte, dans une certaine mesure, l'intention artistique pour juger de performances artistiques pouvant relever de l'exhibition sexuelle, cette interprétation proche de l'exception artistique est aujourd'hui censurée par la Cour de cassation (2).

1. Cinéma et pornographie

Le premier exemple qui peut en être donné est celui des œuvres cinématographiques qui comportent un caractère sexuel. En théorie, rien n'empêche par exemple qu'une œuvre considérée comme artistique soit aussi pornographique[676]. Cependant, lorsque qu'un film qui

---

[675] V. ainsi la CA de Grenoble, 16 déc. 2008, à propos des infractions au code de l'urbanisme causées par la *Demeure du chaos* : « Attendu que se prononcer sur le caractère artistique d'une œuvre supposerait de se référer à un ordre esthétique qui définirait ce qui relève de l'article 475-1 du code de procédure pénale et en déterminerait les critères; qu'une telle appréciation n'entre pas dans la fonction du juge qui a en charge l'application de la loi, notamment en veillant au respect des dispositions conventionnelles ci-dessus évoquées;

Attendu qu'indépendamment du point de savoir si elle doit être qualifiée d'œuvre d'art, question dont la réponse ne ressortit pas au juge répressif, et du seul fait que l'œuvre dite "Demeure du Chaos" communique des "informations ou des idées" au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, le prévenu est recevable à invoquer la protection du droit à la liberté d'expression garantie par ce texte ».

[676] V. par exemple, CA Paris, pôle 2, ch. 7, 27 mai 2015, n° 13/00051 : « Au demeurant la qualification d'œuvre d'art appliquée à une création n'exclut pas pour autant qu'elle ne puisse être considérée comme pornographique ou attentatoire aux droits de tiers ».

Surtout, le Conseil d'État, dans un arrêt du 30 juin 2000 (n° 222194 et 222195), accueille la demande d'une association catholique qui conteste le classement du film *Baise-moi* réalisé par Virginie Despentes et Coralie Trinh Thi comme interdit aux mineurs de moins de 16 ans. Il considéra que, malgré sa portée artistique et en raison de nombreuses scènes de violentes et sexuelles, ce film devait être interdit aux mineurs en se fondant sur l'article 227-24 du code pénal, ce qui revenait à l'époque à le classer comme film pornographique. Le ministère de la culture statua finalement en créant à cette occasion une l'interdiction aux moins de 18 ans sans classement pornographique.

À noter que la conception par le Conseil d'État du film pornographique n'est qu'imparfaitement alignée avec celle que retient la juridiction judiciaire. Restée globalement inchangée depuis les conclusions du président Genevois sur la décision CE, 13 juil. 1979, n° 12197, Société Les Productions du Chesne, elle retient qu'est pornographique

représente des scènes sexuelles revendique également sa portée artistique, la valeur artistique peut avoir une influence sur la classification retenue. On retrouve dans la jurisprudence du Conseil d'État relative à la classification de films comportant des scènes à caractère sexuel des considérations qui peuvent évoquer le critère canadien de « besoin interne ». Ainsi, dans sa décision de 2018 relative au film *Bang Gang (une histoire d'amour moderne)* réalisé par Eva Husson[677], la juridiction relève pour justifier de l'interdiction de celui-ci aux moins de douze ans (et non aux moins de seize ans comme demandé par les requérants) que les scènes en cause s'insèrent « de manière cohérente dans la trame narrative globale de l'œuvre dont l'ambition est de rendre compte, sans porter de jugement de valeur, du désœuvrement d'un groupe de jeunes ».

C'est ce même critère, celui de l'utilité de la scène de sexe dans le récit, que retient en sens inverse le rapporteur public dans ses conclusions sur la décision relative au film *Love* de Gaspard Noé[678], dont le ministère de la culture et les sociétés de production souhaitaient remettre en cause l'interdiction aux moins de dix-huit ans. Constatant que le critère n'était en l'espèce pas entièrement rempli, le rapporteur public conclut au rejet de la requête en soulignant que si « la plupart des scènes de sexe » servent « un propos d'auteur consistant à montrer le deuil impossible d'une relation amoureuse passionnelle mais destructrice », toutefois « d'autres ne sont pas exemptes d'une certaine complaisance, comme en témoignent par exemple un effet 3D qu'on voit venir de loin mais qui n'apporte rien au récit ou une longue scène dans un club libertin ».

Un décret du 8 février 2017 est venu inscrire ce critère dans le code du cinéma et de l'image animée en précisant que « le parti pris esthétique ou le procédé narratif sur lequel repose l'œuvre » peut justifier qu'un film interdit aux moins de dix-huit ans ne soit pas classé comme pornographique[679]. Il convient toutefois de nuancer l'importance de ce critère de « besoin interne », qui n'est pas seul à intervenir dans le sens des décisions rendues. À titre d'exemple, ce critère n'est pas explicitement mentionné dans le texte de la décision relative au film *Love* puisque la seule présence de scènes de sexes non simulées suffisait à en justifier

---

le film « qui présente au public, *sans recherche esthétique* [nous soulignons], et avec une crudité provocante, des scènes de la vie sexuelle » – semblant ainsi nuancer son statut d'œuvre d'art.

677 CE, 26 janv. 2018, n° 408832, Association Promouvoir et Association action pour la dignité humaine.

678 CE, 30 sept. 2015, n° 392461, Ministère de la culture et de la communication et autres c/ Association Promouvoir, aux conclusions d'E. Crépey.

679 Décret que le Conseil d'État a refusé d'annuler : CE, 28 déc. 2017, n° 407840, Association Promouvoir et Association action pour la dignité humaine.

l'interdiction aux moins de dix-huit ans, sans que l'inscription de ces scènes dans la trame narrative ne soit examinée.

Ainsi, la prise en compte, par la jurisprudence administrative, de l'intention artistique d'œuvre cinématographique semble se rapprocher du canadien du « besoin interne ». Des messages choquants peuvent être jugés acceptables non du fait de leur caractère fictionnel, mais en ce qu'ils sont mis au service du propos de l'œuvre et forment une partie intégrante du propos de l'artiste[680].

2. Performance et exhibition sexuelle

Le second exemple de la prise en compte de la portée artistique d'œuvres à caractère sexuel renvoie aux performances impliquant des artistes dénudés s'exposant au public. Ce type d'actions peut relever de l'exhibition sexuelle, définie à l'article 222-32 le code pénal et réprimée lorsqu'elle est « imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public ». Or, la 28e chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris a dû décider si l'action de l'artiste sud-africain Steven Cohen constituait, malgré son caractère artistique, une exhibition sexuelle. En 2013, cet artiste intervint dans l'espace public, au Trocadéro à Paris, dans le cadre d'une performance intitulée *Coq/Cock.* L'artiste apparut à cette occasion maquillé et travesti en sous-vêtements féminins, un coq vivant en laisse attaché à son sexe. Jugé pour exhibition sexuelle, l'artiste fut condamné mais dispensé de peine, le tribunal ayant relevé que bien que l'infraction fût constituée, il fallait dans la détermination de la peine prendre en compte le caractère artistique de la performance et le fait que celle-ci s'inscrivait dans l'œuvre de Steven Cohen – qui vise à traiter des questions identitaires qui le touchent personnellement en tant qu'Africain blanc, juif et homosexuel[681].

---

[680] Dans un domaine différent, on peut interpréter dans le même sens la décision rendue par le tribunal correctionnel de Carpentras dans l'affaire Houellebecq (TGI Carpentras, 25 avril 2002, Bonnet et autres c. Flammarion et Houellebecq). Alors que son ouvrage *Plateforme* était attaqué sur le fondement de l'article 227-24 du code pénal, le juge du fond a retenu que pour caractériser l'élément matériel de l'infraction, il fallait démontrer que l'écrit litigieux « n'est ni un roman, ni une œuvre littéraire, mais bien un écrit *spécifiquement* [nous soulignons] pornographique », ce qui n'était en l'espèce pas le cas.

V. B. Nicaud, « La responsabilité pénale de l'écrivain » *in Droit & Littérature*, n° 1, 2017, p. 55, qui note de façon intéressante que « la seule nature littéraire de l'œuvre, pour le juge pénal, est susceptible de faire échec à la caractérisation de l'infraction alors même que la doctrine littéraire ne s'accorde toujours pas sur ce qui caractérise une telle œuvre ».

[681] TGI Paris, 28ème ch. corr., 5 mai 2014, n° 13256000660.

L'artiste luxembourgeoise Deborah De Robertis, connue pour ses performances dénudées dans plusieurs musées, a fait l'objet de décisions similaires. En particulier, elle fut relaxée de l'infraction d'exhibition sexuelle après une performance au Musée du Louvre[682], au cours de laquelle elle avait exposé son sexe dans l'intention de recréer la photographie de la célèbre performance féministe *Genital Panik,* réalisée par Valie Export en 1969. Cette relaxe fut prononcée car le tribunal a estimé que l'infraction n'était pas constituée en l'absence d'élément intentionnel : l'artiste ne souhaitait pas s'exhiber dans un contexte sexuel mais réaliser une performance. Ainsi, même si le caractère artistique de la performance n'est pas, en tant que tel, une excuse pénale, elle est prise en compte au titre de l'intention. La question n'est donc pas ici de reconnaître une œuvre d'art. Cependant, l'intention de la prévenue de faire une œuvre art exclut, de fait, l'intention sexuelle et, partant, l'infraction.

Il semble cependant que des décisions récentes de la Cour de cassation excluent désormais une telle prise en compte de l'intention de la personne prévenue dans le cadre de l'infraction d'exhibition sexuelle. Cela aurait pour conséquence, en excluant la prise en compte d'une éventuelle intention artistique, d'empêcher les artistes de bénéficier d'une forme d'exception artistique. Ces arrêts de la Cour de cassation ont été rendus à propos d'une action organisée par le groupe féministe Femen. Ce groupe politique organise des manifestations dans lesquelles ses militantes apparaissent la poitrine nue, dans le but notamment de dénoncer la sexualisation à laquelle les corps féminins sont souvent assignés[683]. Ces actions se déroulant dans l'espace public, des membres du groupe ont, à plusieurs reprises, fait l'objet de poursuites pour exhibition sexuelle[684]. En l'occurrence, en 2014, une militante Femen s'était montrée, la poitrine dénudée, à côté de la statue de cire du dirigeant russe Vladimir Poutine au Musée Grévin afin de dénoncer les politiques menées par ce dernier. Poursuivie pour exhibition

---

682 Trib. corr. Paris, 18 oct. 2017.

683 En cela, ces actions, bien qu'elles ne se revendiquent pas comme principalement artistique, peuvent se rapprocher des performances de Deborah De Robertis évoquées plus haut. En effet, cette dernière souhaite également dénoncer la sexualisation du corps des femmes, notamment dans les institutions muséales. Explorant cette comparaison, v. L. Schicharin, « La performativité du corps chez Deborah de Robertis. Ambivalences dans les espaces visuels du féminisme contemporain » *in Genre, sexualité & société* [en ligne], hors-série n° 3, 2018, [http://journals.openedition.org/gss/4522].

V. aussi l'entretien entre Deborah De Robertis et la Femen Eloïse Bouton, dans lequel elles évoquent les similarités de leurs actions, notamment du point de vue des éventuelles conséquences judiciaires auxquelles elles peuvent être confrontées. E. Bouton, « Entretien avec Deborah de Robertis : Nudité politique vs. exhibition sexuelle », 9 février 2016 [en ligne : http://eloisebouton.org/article/142/entretien-avec-deborah-de-robertis-nudite-politique-vs-exhibition-sexuelle/].

684 V. notamment CA Paris, 15 fév. 2017, n° 15/01363 et Cass. Crim., 9 janv. 2019, n° 17-81.618 sur la condamnation, pour exhibition sexuelle, d'une militante Femen suite à une action réalisée dans l'église de la Madeleine pour dénoncer la position de l'Eglise catholique face à l'avortement.

sexuelle, la militante fut relaxée une première fois en appel en 2017, au motif que l'infraction n'était pas caractérisée puisque l'action – à la portée politique et, dans une certaine mesure, artistique – était dénuée d'intention sexuelle[685]. L'arrêt fut cassé par le Cour de cassation en 2018 au motif que le seul fait que la prévenue ait dévoilé volontairement sa poitrine dans un lieu public suffisait à caractériser l'infraction d'exhibition sexuelle, sans que l'intention de l'action ne soit pertinente[686].

Suite à un arrêt de résistance de la cour d'appel de renvoi, relaxant de nouveau la militante Femen en raison de l'absence d'intention sexuelle de son action[687], la Cour de cassation a rendu un nouvel arrêt le 26 février 2020[688]. Elle y affirme de nouveau que l'infraction d'exhibition sexuelle ne dépend pas de l'intention l'action. La Cour favorise ainsi une définition objective de l'exhibition sexuelle, comprise comme le fait de montrer volontairement certaines parties du corps, telles que la poitrine d'une femme[689]. Cette décision s'avère discutable en ce qu'elle considère la poitrine féminine comme une partie du corps intrinsèquement sexuelle – les allaitements en public pourraient-ils alors être considérés comme des exhibitions[690] ? En revanche, la Cour de cassation ne remet pas en cause la relaxe prononcée par la cour d'appel car elle estime que « le comportement de la prévenue s'inscrit dans une démarche de protestation politique, et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression ». Si la Cour prend en compte le droit fondamental de la prévenue à la liberté d'expression, elle exerce un contrôle de proportionnalité dont l'issue est déterminée au cas par cas. Ici, l'action, qui se voulait critique envers un dirigeant politique étranger, constituait clairement une expression politique – ce que la Cour relève. Or, comme nous l'avons vu[691], les messages politiques sont particulièrement protégés par l'article 10 de la Convention EDH en

---

685 CA Paris, ch. 4-11, 12 janv. 2017, qui considère que : « L'exposition d'un torse nu de femme à la vue d'autrui en dehors de tout élément intentionnel de nature sexuelle, ne peut dans les circonstances dans lesquelles cette exposition s'est déroulée le 5 juin 2014, recouvrir la qualification d'exhibition sexuelle, s'agissant de l'utilisation par la prévenue de sa poitrine dénudée portant un message écrit à des fins de manifestation d'une expression en dehors de toute connotation sexuelle. »

686 Cass. crim., 10 janv. 2018, n° 17-80.816.

687 CA Paris, 10 déc. 2018, n° 18-01536.

688 Cass. crim., 26 févr. 2020, n° 19-81.827.

689 La Cour affirme ainsi : « C'est à tort que la cour d'appel a énoncé que la seule exhibition de la poitrine d'une femme n'entre pas dans les prévisions du délit prévu à l'article 222-32 du code pénal, si l'intention exprimée par son auteur est dénuée de toute connotation sexuelle. » (§ 14)

690 V. à ce propos J.-B. Thierry, « Contours et détours : l'exhibition sexuelle selon la Cour de cassation » *in AJ Pénal*, 2020, p. 247, qui regrette notamment que la Cour n'ait pas justifié sa décision en distinguant clairement l'intention (le caractère volontaire de l'acte d'exhibition) et les mobiles (l'objectif sexuel ou on de cet acte).

691 V. s*upra* p. 167.

raison de leur caractère essentiel pour la démocratie. Ainsi la prévenue a été relaxée dans ce cas, mais un artiste dont l'expression ne servirait pas un message politique pourrait en revanche être condamné. Si, comme le souhaitaient les juges du fond, la définition de l'exhibition sexuelle avait pris en compte l'intention (sexuelle ou non) du prévenu, les actions artistiques auraient pu être systématiquement exclues du champ de l'infraction – puisque leur intention serait toujours artistique et non pas sexuelle. En revanche, la solution de la Cour de cassation exclut toute forme d'exception artistique. Au contraire, l'expression artistique serait considérée, avec cette solution, comme un type d'expression protégé parmi d'autres et l'issue d'un contrôle de proportionnalité dépendrait du type de performance et du message politique ou social qui pourrait éventuellement s'en déduire.

SECTION 2. L'indésirable exception artistique

La nécessité de faire appel au juge pour déterminer ce qui relève de l'art et partant du champ d'une exception artistique ne nous semble pas un obstacle dirimant à la mise en place de celle-ci (§1). C'est le bien-fondé de l'exception artistique lui-même que nous préférons interroger, notamment au regard de l'ambition de l'art contemporain de questionner les règles en les enfreignant (§2).

Paragraphe 1. La délimitation de l'art, un obstacle surmontable

L'une des principales objections à la mise en place d'une exception artistique généralisée renvoie à la définition du domaine de l'art où cette exception trouverait à s'appliquer. Elle consiste soit à considérer qu'il est impossible d'opérer une distinction entre ce qui relève de l'art et ce qui n'en relève pas[692], soit à affirmer qu'une telle distinction ne doit pas relever de la

[692] V. par exemple R. Ogien, *op. cit.*, p. 99 : « L'idée qu'il existe des critères évidents, stables, unanimement reconnus, qui pourraient permettre de faire le partage entre ce qui possède une valeur esthétique ou littéraire et ce qui n'en a pas, est l'une de celles que les meilleurs spécialistes ont tendance à abandonner aujourd'hui. Le juge ne risque-t-il pas, dès lors, de ne pouvoir compter que sur des "experts" qui continuent de croire le contraire ? En quoi seraient-ils "experts" dans ces conditions ? »

Ainsi que M. Iacub, « Les dangers de l'exception artistique » *in Artpress*, n° 326, sept. 2006.

responsabilité des juges[693] – incompétents pour juger de l'art et risquant de favoriser un art établi davantage que la production d'avant-garde.

Une première réponse à cette objection serait de considérer que, s'il est quasiment impossible de définir objectivement le domaine de l'art, il est en revanche possible, pour le juge, de reconnaître une œuvre d'art et de la distinguer d'un autre mode d'expression (A). Nous avancerons plutôt qu'il serait envisageable de proposer une définition juridique de l'art, incomplète mais pouvant servir à délimiter le domaine d'une éventuelle exception artistique, qui se fonderait sur le critère de la réception de l'œuvre par le public (B).

A. Reconnaître l'art

La mise en place d'une exception artistique pourrait faire face à un premier obstacle : l'absence d'une définition juridique de l'art. Le droit aurait besoin, pour délimiter le domaine de l'exception, de disposer une définition objective de l'art. Or, une telle définition n'existe pas actuellement dans le droit français et serait certainement extrêmement difficile à formuler. Face à la diversité des productions artistiques depuis l'apparition de l'art contemporain, de nombreux théoriciens de l'art concluent en effet qu'il serait vain de chercher une définition stricte de l'art reposant sur des critères intangibles[694].

Si trouver une définition de l'art s'avère être une tâche quasiment impossible, cela peut amener à chercher d'autres manières de délimiter l'exception artistique. Ainsi, il pourrait être possible, même en l'absence d'une définition précise, de reconnaître l'art, de distinguer ce qui relève de l'art de ce qui n'en est pas. Selon la célèbre formule du philosophe américain Nelson Goodman, il s'agirait de cesser de chercher « Qu'est-ce que l'art ? » pour se demander plutôt « Quand y a-t-il art ? »[695].

---

693 Par exemple, P. Mbongo, « Réflexion sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste » *in Légipresse,* n° 213, juil-août 2004, p. 85.

694 La philosophie analytique qui s'est penché sur l'art moderne et contemporain l'exprime parfaitement par le biais de théories « anti-essentialistes » de l'art reconnaissant l'impossibilité de définir l'œuvre d'art. V. notamment, M. Weitz, « The Role of Theory in Aesthetics » *in The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, vol. 15, n° 1, p. 27-35, sept. 1956.

695 N Goodman, Manières de faire des mondes, Gallimard, 2006, p. 100.

C'est la position, en particulier, d'Agnès Tricoire qui, en s'inspirant de théories de l'art, amène un raisonnement subtil et conclut qu'il n'y a pas lieu de chercher une définition de l'œuvre d'art. L'auteure voudrait en revanche, pour garantir la liberté de création, que les juridictions distinguent « les œuvres de ce qui n'en est pas (discours politique, publicitaire, scientifique…) »[696] – tâche qui ne nécessite pas de définition formelle.

Toutefois, elle semble estimer le critère qu'elle propose, celui de la fiction, rendrait possible l'identification de toutes les œuvres d'art, ne reconnaissant qu'implicitement l'existence, par exemple, d'œuvres non fictionnelles. Or, ce critère de la fiction ne nous semble pas le plus adapté pour déterminer le champ d'application d'une exception artistique[697]. De plus, il ne nous semble pas nécessaire que le juge, pour appliquer une exception artistique, ait à déterminer le périmètre de tout ce qui relève de l'art.

Selon nous, que le juge puisse dire ce qui constitue une œuvre d'art *pour l'application de l'exception artistique* n'implique, ni qu'il lui soit nécessaire de définir les frontières de tout ce qui relève de l'art, ni que les productions non qualifiées d'œuvres par ses soins ne puissent être des œuvres d'art[698]. La question qui se pose alors est celui du critère juridique à appliquer pour reconnaître une œuvre d'art qui devrait bénéficier de l'exception.

B. Le critère de la réception de l'œuvre

Ici, l'une des craintes fréquemment exprimées à l'encontre de l'exception artistique est celle que le juge s'en remette à la réception de l'œuvre ou à la notoriété des artistes[699]. Les auteurs qui soulèvent cette objection semblent influencés par le régime du droit d'auteur, lequel protège

---

[696] A. Tricoire, *Petit traité de la liberté de création*, La Découverte, 2011, p. 154.

[697] V. *supra* p. 203 et s.

[698] À comparer à la notion d'œuvre en droit d'auteur : M. Vivant, « Les métamorphoses de l'œuvre - Des Mythologies aux mythes informatiques » *in D.* 2010 p. 776.

[699] Ainsi dans la décision du TGI de Paris, 17e ch., 16 nov. 2006, Ministère Public c. Bénier-Bürckel et autres, les juges se fondent entre autres sur les « critiques parues dans divers organes de presse » et « l'attestation rédigée par Frédéric Beigbeder » pour conclure que l'ouvrage litigieux est bien un roman et relaxer les prévenus des délits de délits d'injures antisémites (article 33 de la loi du 29 juillet 1881), de provocation à la haine raciale (article 24 de la même loi) et celui de diffusion de message pornographique susceptible d'être perçu par un mineur (article 227-24 du code pénal). Ce raisonnement a pu être critiqué pour son manque de logique, la réception ultérieure ne pouvant en principe influer sur la constitution de l'infraction, à l'instant de la publication du texte litigieux. V. B. Nicaud, *La réception du message artistique à la lumière de la CEDH*, Thèse de doctorat en droit, Université de Limoges, 2011, §258 à 262.

les œuvres de l'esprit indépendamment de leur destination, de leur genre, de leur forme d'expression et de leur mérite[700] et dont le champ d'application dépasse de ce fait largement les beaux-arts pour prendre en compte les arts appliqués et le design industriel notamment. Ainsi Édouard Treppoz, qui craint qu'un régime d'exception artistique n'introduise une appréciation de l'œuvre au mérite ou à la reconnaissance de son créateur[701], propose que les œuvres qui pourraient bénéficier de l'exception artistique soient les œuvres protégées par le droit d'auteur lorsque ces dernières remplissent le critère additionnel de l'intention artistique de l'auteur[702].

Or, si le principe de l'indifférence au genre et au mérite d'une œuvre est fondamental en droit d'auteur parce ce que l'attribution du droit de propriété ne doit pas dépendre de la qualité ni de la reconnaissance publique de l'œuvre – qui peut d'ailleurs arriver tardivement–, il nous semble qu'il ne doive pas forcément être transposé tel quel en dehors de ce domaine. Ainsi nous ne serions pas opposés à ce que la réception de l'œuvre d'art par le public (notamment mais pas uniquement un public d'initiés) soit utilisé comme révélateur de la nécessité de lui accorder un régime d'exception artistique. Prendre en compte la réception permet de ne pas laisser les goûts personnels du juge empiéter sur sa décision tout en mesurant, en quelque sorte, l'influence sociale d'une certaine œuvre d'art[703].

C'est cette influence sociale que la CEDH semble tenter de prendre en compte dans l'affaire Akdas[704], dont le requérant, éditeur d'une version turque des *Onze mille verges* d'Apollinaire, contestait sa condamnation à une amende et la saisie de tous les exemplaires de l'ouvrage pour obscénité. La Cour, en s'appuyant sur la réception de l'œuvre – notamment en notant sa

---

[700] Art. L. 112-1 du code de la propriété intellectuelle.

[701] E. Treppoz « Pour une attention particulière du droit à la création : l'exemple des fictions littéraires » *in D.,* 2011, p. 2487 : « Le risque évident de cette incidence juridique de la nature artistique est de réintroduire le mérite en dehors du droit d'auteur. La lecture des décisions se prononçant sur la nature artistique des écrits d'Eric Bürckel, Michel Houellebecq et des images de François-Marie Banier confirme ces inquiétudes. Selon ces décisions, la nature artistique d'une œuvre est subordonnée à la qualité d'artiste, elle-même fonction de la réception de l'auteur comme artiste par les milieux autorisés. Comme le notait Raymonde Moulin, "c'est la reconnaissance sociale de l'artiste créateur qui constitue le préalable de la définition de l'oeuvre". Il est certain qu'une telle définition de la qualité d'artiste, et par effet second de la nature artistique de ses créations, est difficilement acceptable. Seuls les artistes "officiels" bénéficieraient de la liberté de création, ravivant d'autant le fantasme d'une caste des artistes bénéficiant de privilèges indus. »

V. aussi D. Lefranc, « "La liberté de l'art et l'exception artistique" : Libres propos sur un colloque genevois » *in Légipresse*, n° 286, 2011, p. 477-480.

[702] E. Treppoz, *op. cit.*

[703] V. le travail de J. Cabay sur la réception de l'œuvre comme condition de protection et critère de détermination de la contrefaçon en droit d'auteur : « "Ce sont les regardeurs qui font les tableaux" – La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur » in A. Puttemans et B. Demarsin (ed.), *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Larcier, 2013, p. 9-82.

[704] CEDH, Akdaş c. Turquie, 16 mai 2010, n° 41056/04.

publication dans la collection « La Pléiade »[705] –, décida de condamner la Turquie pour violation de l'article 10 de la Convention malgré la large marge d'appréciation nationale qui prévaut habituellement en matière de restriction de la liberté d'expression dans l'objectif de préserver la morale. En effet, elle jugea que cet ouvrage, en raison de son importance littéraire mesurée à la réception auquel il a donné lieu, fait partie du « patrimoine littéraire européen »[706] et ne pouvait, à ce titre, être rendue inaccessible dans un pays membre du Conseil de l'Europe.

Ainsi, le rôle du juge dans la détermination de ce qui doit relever du champ de l'exception artistique ne nous semble pas poser de difficulté insurmontable. Nous restons toutefois opposés au principe d'une exception artistique généralisée en ce qu'un tel régime ne nous semble pas favorable à l'art, et notamment à l'art contemporain.

Paragraphe 2. Une exception artistique à rebours du sens de l'art

Comme nous l'avons indiqué plus haut, deux visions de l'art sous-tendent la nécessité d'une exception artistique : la première selon laquelle l'art occuperait une position surplombante lui permettant d'échapper aux règles communes, la seconde qui place l'art comme se déployant « à côté » de la réalité, donc inoffensif en tant que tel – vision qui sous-tend l'idée d'une exception de fiction. Le premier de ces deux paradigmes nous semble pouvoir être écarté relativement aisément, notamment dans la mesure où il ne correspond pas à une revendication socialement acceptable[707]. En tout état de cause, il n'est jamais explicitement invoqué comme tel par les tenants d'une exception artistique généralisé. Pour ce qui concerne le second, il convient de nuancer sa présentation initiale : Agnès Tricoire reconnaît ainsi la relation compliquée

---

[705] § 29 de la décision précitée : « [La Cour] ne saurait sous-estimer dans ce cas précis le passage de plus d'un siècle depuis la première parution de l'ouvrage en France, sa publication dans de nombreux pays en diverses langues, ni sa consécration par l'entrée dans "La Pléiade" une dizaine d'années avant la saisie dont il a fait l'objet en Turquie ».

[706] § 30 de la décision : « La reconnaissance accordée aux singularités culturelles, historiques et religieuses des pays membres du Conseil de l'Europe, ne saurait aller jusqu'à empêcher l'accès du public d'une langue donnée, en l'occurrence le turc, à une œuvre figurant dans le patrimoine littéraire européen ».

[707] V. l'intervention orale de M. Vivant, « Le corps matériau artistique, sous le regard du Droit », pendant les Assises du corps transformé, le 17 nov. 2018. Intervention disponible en ligne [http://www.assisesducorpstransforme.fr/2019/03/04/michel-vivant-le-corps-materiau-artistique-sous-le-regard-du-droit/].

Également, par exemple, N. Heinich, « Une dérive de la notion de "liberté de création" » *in Libération*, 28 février 2016.

qu'entretiennent le réel et la fiction, l'œuvre fictionnelle existant bien dans le réel. Elle renvoie toutefois à l'espace critique, et non à l'espace judiciaire, le soin de la juger[708].

Nous pensons toutefois que même, et peut-être en particulier, sous la forme d'une exception de fiction, l'exception artistique n'est pas souhaitable car elle contredit une certaine évolution de l'art. D'une part, il serait illogique que l'œuvre d'art ne puisse jamais se trouver face aux conséquences juridiques qu'elle provoque, voire qu'elle appelle : cela reviendrait à saper le travail d'incertitude que l'art contemporain effectue sur les limites, et notamment les limites de la légalité (A). D'autre part, une telle exception artistique pourrait paradoxalement nier, en la minimisant, la place de l'art dans la société (B).

A. L'art et les limites

Il nous semble que nombre d'œuvres – et au premier chef celles qui font l'objet des débats entourant l'exception artistique – cherchent à jouer avec les règles de droit, et plus généralement à entretenir l'incertitude sur leur statut, en interrogeant les frontières du témoignage et de la fiction, du film d'auteur et de la pornographie, etc. L'art corporel et l'art de performance l'illustrent d'une façon encore plus immédiate en ce que ces pratiques artistiques transgressent, très volontairement, les cadres traditionnellement attribués à l'art[709] et peuvent étendre le domaine de ce qui est considéré comme œuvre d'art jusque dans la « vie réelle ». Transcendant les genres artistiques (arts plastiques, théâtre, danse), brouillant les limites séparant la représentation de l'action et le public de l'artiste, ces expressions artistiques contemporaines créent aussi des incertitudes juridiques[710]. L'exemple le plus spectaculaire se produisant lorsqu'un artiste mêle délibérément, dans une même action, production d'une œuvre artistique et infraction pénale[711].

---

[708] A. Tricoire, *op. cit.* p 171.

[709] Nous pourrions presque penser ici à l'utilisation de la notion de cadre ou *parergon* par Derrida dans *La vérité en peinture*, Flammarion, 1978. La *parergon* est donc le cadre mais aussi ce qui, autour de l'œuvre d'art, permet de la délimiter. Or, puisqu'une stricte distinction entre l'œuvre et son *parergon* est impossible à maintenir selon Derrida, cette théorie remet en cause l'autonomie de l'art par rapport à d'autres domaines de la vie. V. M. Jay, « The Aesthetic Alibi » *in Salmagundi*, n° 93, 1992, p. 18.

[710] V. N. Heinich, *Le paradigme de l'art contemporain - Structure d'une révolution artistique*, Gallimard, 2014, p. 56-60.

[711] Parmi les performances citées plus haut, les dégradations matérielles Pierre Pinoncelli ou l'exhibition sexuelle de Steven Cohen en sont des exemples. Il est également possible de penser à Alberto Sorbelli évoqué *supra* p.119, qui se prostitue dans différents pays et est régulièrement interpellé par les forces de l'ordre pour cette activité. En

L'art contemporain a alors vocation à travailler l'incertitude, y compris dans le domaine juridique – il ne s'agit pas là seulement d'une conséquence incidente de l'évolution de l'art mais d'une volonté délibérée des artistes[712]. Le risque en cas de reconnaissance d'une exception artistique généralisée, est de voir disparaître, ou du moins s'affadir, ce travail de l'incertitude.

Comme le fait remarquer Nathalie Heinich, demander qu'une exception artistique s'applique aux transgressions de l'art contemporain, c'est nier leur caractère transgressif[713]. Il s'agit d'une réponse inappropriée en ce que tente de « défendre une situation contemporaine, c'est-à-dire un jeu – ludique ou cynique, selon les cas ou selon les interprétations – avec les frontières, c'est-à-dire avec l'extériorité de la loi (ce qui constitue le paradigme contemporain) ; mais au nom d'un paradigme moderne, à savoir l'idée que les artistes auraient pour vocation d'exprimer leur intériorité »[714]. Elle applique ainsi à l'art contemporain une interprétation – « il faut défendre les transgressions artistiques contre les réactions négatives du public et des instituions »[715] – tirée de l'art moderne, sans reconnaître que l'art contemporain est précisément constitué de ce jeu de transgression des limites.

---

l'occurrence, Sorbelli constitue un exemple très intéressant d'intervention artistique dans la vie réelle et défiant tous les cadre de l'art : puisqu'il se prostitue véritablement, il n'y a aucun élément, dans sa performance, de fiction ou de représentation.

[712] Les artistes en sont pour une grande part conscients. Nous citerons, à titre d'exemples divers dans le domaine de l'art corporel, pour illustrer le rapport pensé des artistes à leur environnement juridique :

Le *Contrat pour un corps* de Michel Journiac (1972) qui propose aux collectionneurs de signer un contrat pour léguer leur corps à l'art après leur décès ;

Orlan qui déclare dans le *Manifeste de l'art charnel,* 1992, consultable en ligne [http://www.orlan.eu/texts/#manifestefr] que « l'Art Charnel affirme la liberté individuelle de l'artiste et en ce sens il lutte aussi contre les apriorismes, les diktats ; c'est pourquoi il s'inscrit dans le social, dans les médias (où il fait scandale parce qu'il bouscule les idées reçues) et ira jusqu'au judiciaire » ;

Alberto Sorbelli, qui dans *Tentative de rapport avec la société* (2004), expose les documents judiciaires qui proviennent de ses arrestations pour en faire une œuvre.

[713] C'est la situation que l'auteure qualifie de « paradoxe transgressif ». Il concerne les normes juridiques mais surtout, en premier lieu, l'intégration immédiate des œuvres se voulant transgressive par les institutions de l'art. Ce paradoxe provoquerait, de la part des artistes, une « fuite en avant » pour éprouver les limites et conduirait à la production d'œuvres d'art de plus en plus radicales qui sont, de ce fait, incomprises et rejetées du grand public.

V. N. Heinich, *Le Triple jeu de l'art contemporain*, Editions de Minuit, 1998, p. 338 et s.

Une réflexion quelque peu similaire, dont la conclusion est bien moins tranchée, ressort de R. Conte, « L'art a-t-il tous les droits » *in* M. Deguergue (dir.), *L'art et le droit. Ecrits en l'hommage à Pierre-Laurent Frier*, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 91-95.

[714] N. Heinich dans un dialogue avec B. Edelman, « Dialogue sur un manifeste » *in* B. Edelman et N. Heinich, *L'art en conflits,* La Découverte, 2002, p. 257.

L'auteure explique : « Or cette idée de l'art comme expression d'une intériorité est une idée moderne, née dans le courant du XIX[e] siècle, qui est parfaitement réalisée par l'art moderne mais qui n'est plus du tout le paradigme de l'art contemporain. L'art contemporain n'est pas un art d'expression d'une intériorité, c'est un art du jeu avec les frontières. Ce qui est donc amusant, c'est de voir les spécialistes défendre l'art contemporain au nom d'une idée moderne de l'art : ils sont complètement en porte-à-faux avec eux-mêmes ! »

[715] N. Heinich, *Le Triple jeu de l'art contemporain*, Editions de Minuit, 1998, p. 343.

B. L'art et la société

Soit que l'on dise que l'art est par nature séparé d'une réalité plus « sérieuse », soit qu'on admette ses influences sur la vie réelle tout en soutenant qu'elle doit être traitée dans une sphère séparée et ignorée de l'institution judiciaire, cela revient à isoler dans les deux cas le domaine de l'art et celui de la vie réelle. Or, il convient de « prendre l'art au sérieux » : il nous semble difficile de soutenir à la fois, d'une part, l'importance cruciale de l'art dans la démocratie et le débat d'idées[716] et, d'autre part, sa totale autonomie vis-à-vis des institutions de cette même démocratie. Par ailleurs, les artistes eux-mêmes, notamment dans l'art contemporain, ont souhaité interroger la frontière entre ce qui relève de l'art et ce qui relève de la vie « réelle » et explicitent leur volonté d'intervenir dans cette vie sans se cantonner à la sphère de l'art[717], par exemple en sortant des institutions d'exposition classiques[718]. En conséquence, défendre l'autonomie totale de l'œuvre d'art nous semble aller à la fois contre une certaine évolution de l'histoire de l'art et contre la volonté exprimée par certains artistes.

Défenseur par ailleurs d'une forme d'exception artistique (nommée *aesthetic alibi*)[719], l'historien américain M. Jay reconnaît ainsi que ses fondements théoriques ont été mis à mal au XX[e] siècle, non pas par des censeurs réactionnaires, mais par les intellectuels et artistes d'avant-garde qui ont remis en cause l'existence d'une sphère de l'art distincte et d'une spécificité du discours artistique[720].

---

[716] Ce qui fonde, selon la CEDH, la liberté d'expression artistique (v. CEDH, Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, n° 10737/84).

[717] V. par exemple l'historien de l'art P. Ardenne, *Un art contextuel*, Flammarion, 2002, qui note l'émergence, dans l'art moderne et contemporain, d'un art « contextuel » dont le rapport à la réalité n'est plus celui de la représentation mais de celui de l'investissement, de la copresence et du rapport direct avec elle.

[718] C'est le cas de l'art de performance. V. B. Péquignot, « De la performance dans les arts - Limites et réussites d'une contestation » *in Communications*, vol. 92, n° 1, 2013, p. 9-20.

[719] Parce qu'il estime nécessaire la liberté de l'art face au risque de censures conservatrices voire fondamentalistes.

[720] M. Jay, *op. cit.*

Il cite ainsi trois exemples de facteurs qui ont pu ébranler l'idée d'un domaine artistique distinct de la vie réelle. D'abord les critiques sociologiques faites à la notion de beaux-arts qui montrent, comme Bourdieu, en quoi la catégorie de l'art est historiquement construite et constitue un outil pour la reconnaissance et la reproduction sociale des classes dominantes. Puis les pratiques artistiques d'avant-garde elles-mêmes, notamment du début du XXème siècle, dadaïstes et surréalistes par exemple, qui ont voulu influencer la vie quotidienne à partir du pouvoir libérateur de l'art. Enfin, les théories poststructuralistes comme celle de Derrida, qui refusent d'enfermer l'esthétique au domaine de l'art et s'en servent – avec la connotation, le style, etc. – pour analyser tous types de discours.

En conclusion, l'affaire Aragon rapportée par Martin Jay[721] nous semble d'une grande actualité pour illustrer le débat autour de la pertinence d'une exception artistique. Inculpé en 1932 pour incitation au meurtre et provocation à la désertion pour son poème « Front rouge », en raison notamment des vers « Descendez les flics / Camarades », Aragon s'était vu soutenu par une pétition lancée par André Breton, lequel arguait pour l'occasion qu'un poème n'était pas à lire comme n'importe quel texte et ne pouvait se résumer aux seuls termes employés. Or, d'autres auteurs tels que Gide et Rolland puis Aragon lui-même critiquèrent ce soutien : d'une part par rejet d'une théorie de l'autonomie de l'art pourtant habituellement décriée par les surréalistes ; d'autre part par refus de se distinguer du reste de la population qui, si elle choisissait d'exprimer sa révolte contre le pouvoir établi, ne pouvait, faute de s'exprimer par œuvres d'art, bénéficier d'aucune clémence de la part des institutions étatiques. Il est impossible, en quelque sorte, de prétendre influencer la société par l'expression artistique tout en refusant toute incursion réciproque de la société dans la sphère de l'art.

*

La mise en place d'une exception artistique est revendiquée par certains acteurs du monde de l'art suite à des affaires médiatiques – en particulier l'interdiction du film *Baise-moi* aux mineurs ou les poursuites pénales dont ont fait l'objet les commissaires de l'exposition « Présumés innocents ». Une telle exception viserait à reconnaître la particularité de l'art en tant que mode d'expression, ce qui conduirait à lui accorder un statut dérogatoire sur le plan juridique. Toutefois, la portée d'une exception artistique – Quelles infractions pénales seraient concernées ? Y aurait-il une irresponsabilité civile ? – comme son champ d'application – Toutes les œuvres d'art pourraient-elles en bénéficier ? L'exception jouerait-elle en faveur des seuls artistes ou également des intermédiaires de diffusion ? – restent extrêmement incertains.

Il n'existe pas, à ce jour de reconnaissance d'une quelconque forme d'exception artistique dans le droit français. Quelques décisions de justice laissent apparaître une prise en compte, soit du caractère fictionnel, soit du caractère artistique de certaines œuvres, ce qui pourrait ressembler à une exception artistique. Toutefois, ces décisions sont plutôt isolées et ne peuvent nous faire conclure à l'existence d'une exception artistique jurisprudentielle.

---

[721] M. Jay, *op. cit.*, p. 20-21.

Enfin, nous pensons qu'une exception artistique n'est pas souhaitable parce qu'elle irait à l'encontre de la démarche artistique propre à l'art contemporain. En cela, la reconnaissance d'une exception artistique témoignerait, paradoxalement, d'une incompréhension de l'art d'une part en refusant d'imposer des limites (légales) aux œuvres qui tentent, précisément, d'interroger ces limites, d'autre part en considérant que l'art est inoffensif et assigné à une sphère distincte de la société sur laquelle il ne pourrait pas intervenir.

CONCLUSION DU TITRE DEUXIEME

En définitive, à la question de savoir si la liberté de création permet-elle l'art corporel, et si l'artiste peut compter sur cette liberté de création pour fonder juridiquement son travail, nous apporterons une réponse plutôt négative. Car comme nous l'avons souligné, la portée de la liberté de création est toute relative pour les œuvres visuelles. La protection effective de la liberté de création est en effet assurée par l'intermédiaire de la liberté d'expression – or celle-ci, d'une part, connaît des limites, d'autre part, est peu adaptée à la protection des arts visuels. Par ailleurs, la protection de la liberté de création à travers l'édiction d'un principe d'exception artistique nous semble possible mais peu souhaitable, pour les raisons exposées ci-dessus.

En conséquence, il nous est possible de conclure qu'aucune liberté juridique de création d'œuvres d'art corporel ne découle nécessairement de leur seul statut d'œuvre d'art. En revanche, il est indiscutable que les œuvres d'art corporel bénéficient d'une certaine protection en tant qu'elles constituent une forme d'expression. Bien que, comme nous l'avons vu, celle-ci puisse être restreinte, et davantage d'ailleurs pour les œuvres d'art corporel que pour d'autres productions artistiques, un espace de liberté protégé demeure.

Nous nous plaçons ainsi à l'encontre de la position défendue par Arnaud Latil lorsqu'il classe le corps humain dans la liste des matériaux interdits pour la création[722]. Comme M. Latil le reconnaît d'ailleurs lui-même en abordant la question de dignité, ce n'est pas l'utilisation en soi du corps humain qui pose problème, mais son utilisation contraire à la dignité – le recours croissant de la notion de dignité pouvant ainsi paradoxalement élargir le champ de la création[723]. Nous pouvons sur ce point aller plus loin : alors qu'Arnaud Latil considère le respect de la dignité humaine comme un limite absolue à la liberté de création[724], ce n'est pas ce que nous constatons dans la jurisprudence.

Ainsi, l'espace de liberté pour l'usage du corps dans l'art s'étend non seulement aux œuvres n'enfreignant pas le principe de dignité, mais aussi à celles qui font l'objet d'une balance

---

[722] A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, LGDJ, 2014, § 131, p. 62, § 240 et s., p. 204.

[723] *Ibid.,* § 279 et s. p. 118.

[724] *Ibid.*, § 277 et 278, p. 118.

favorable dans l'opposition entre respect de la dignité humaine et protection de la liberté d'expression.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Le corps dans l'art contemporain évolue dans un certain espace de liberté. Il est, de fait, possible pour l'artiste d'engager son corps dans des activités artistiques qui sont dangereuses ou violentes. Le droit n'intervient pas dans cet espace qui relève du domaine de l'intime et du rapport à son propre corps.

Ce n'est qu'au niveau de son insertion dans le monde social que l'œuvre d'art corporel entre dans le domaine du droit. L'usage du corps d'autrui connaît des restrictions, de même que la diffusion de certaines œuvres auprès du public. Ainsi, le contexte artistique de l'œuvre, parce qu'il suppose que cette dernière soit montrée, est finalement davantage susceptible de restreindre la liberté d'utiliser le corps que de l'élargir. Certes, les œuvres d'art corporel, dans la mesure où elles constituent une forme d'expression qui passe par le biais du corps, sont protégées par le biais du droit à la liberté d'expression. Toutefois, cette protection n'offre pas, ni selon nous ne devrait offrir, une liberté plus étendue aux formes d'expression qui peuvent se prévaloir d'une motivation artistique.

Le corps humain n'est pas uniquement une source de création artistique mais il constitue aussi le support, ou le vecteur, qui permet à l'œuvre d'être diffusée au public.

DEUXIEME PARTIE – Le corps vecteur de l'œuvre

Le corps utilisé dans l'art corporel est un médium d'expression et il constitue le support et le vecteur de l'œuvre d'art. En effet, c'est par le corps que le public accède à l'œuvre. Il existe certes des moyens indirects (photographie et vidéographie en particulier) de prendre connaissance d'une œuvre d'art corporel, mais le spectateur n'a alors accès alors qu'à un document qui rend compte de l'œuvre et qui ne permettrait pas de ressentir l'expérience authentique de sa présence[725]. Les œuvres de performances en particulier sont ainsi définies par la co-présence temporaire de l'artiste et de son public. C'est donc la présence d'un corps – il serait presque possible de parler de son aura – qui fait advenir l'œuvre d'art.

L'art corporel, à l'inverse de formes d'art plastique plus traditionnels, ne produit donc pas d'œuvres concrétisées dans un artefact. L'œuvre de l'art corporel se confond avec le corps d'une personne – qui est d'ailleurs souvent la personne même de l'artiste. Ainsi, elle brouille la limite entre le corps et l'œuvre puisque les deux se superposent et, ce faisant, elle introduit une incertitude dans la dichotomie qui distingue, en droit, les choses des personnes.

L'œuvre d'art corporel se présente comme un objet ambigu dont le caractère hybride rend le traitement juridique, et notamment l'appréhension par le droit d'auteur, difficile. En effet l'œuvre d'art est un corps, c'est-à-dire presque une personne, mais, en tant qu'œuvre, elle est aussi une chose – qui doit d'ailleurs circuler en tant que tel sur le marché de l'art pour permettre aux artistes de dériver un revenu de leur création.

Le corps est donc un support très particulier pour l'œuvre d'art. Même si ce support corporel n'exclut pas la protection de l'œuvre par le droit d'auteur, il en rend la protection plus difficile, ce qui peut obliger les artistes à trouver des solutions alternatives pour dériver un revenu de leur production artistique en lui permettant de circuler, malgré son caractère incarné, sur le marché de l'art. Ainsi, souhaitons dans un premier temps étudier comment, malgré certaines

[725] Cette conception de la documentation des œuvres d'art corporel peut toutefois être discutée, v. *infra* p. 297 et s.

difficultés, l'œuvre peut subsister à sa corporéité et, dans une certaine mesure, être considérée et exploitée comme un objet (**Titre I**).

Dans un second temps, il nous faudra toutefois constater que l'œuvre d'art corporel reste aussi un corps. De ce fait, il est un objet qui se situe à la frontière entre chose et personne et il nous conduit à examiner la possibilité et la nature d'un droit de propriété sur l'œuvre – voire à repenser la dichotomie entre chose et personne et à envisager d'autres conceptions de la personne en tant qu'être incarné (**Titre II**).

TITRE TROISIEME – L'œuvre subsistant à sa corporéité

Le constat est fait aujourd'hui de l'inadéquation de la notion d'œuvre et de la production artistique contemporaine. Alors que les juristes évoquent volontiers le divorce croissant entre l'œuvre de l'esprit telle qu'elle est définie par le droit d'auteur et l'œuvre d'art à laquelle ce régime est pourtant associé[726], les théoriciens de l'art constatent le « dés-œuvrement de l'art »[727]. L'art ne chercherait plus, au moins depuis les années 1960, à « faire œuvre ». Ainsi, ce n'est pas uniquement l'œuvre au sens juridique qui est dépassée par l'art contemporain, mais l'œuvre au sens commun qui est délaissée par les nouvelles pratiques. Celles-ci refusent l'œuvre en dépassant les limites spatiales et temporelles que cette notion impose et remettent en cause l'identité qui semblait acquise entre l'œuvre et l'art[728].

L'art corporel et en particulier l'art de performance s'inscrit totalement dans ce rejet de l'œuvre, en se présentant comme une expérience artistique plutôt que comme une œuvre d'art. En effet, les performances refusent certaines des caractéristiques essentielles de l'œuvre d'art traditionnelle : puisqu'elles se distinguent de l'œuvre en tant qu'objet d'art, elles ne sont pas finies ni permanentes. De cette façon, l'art corporel souhaitait, lors de sa création, déstabiliser les institutions artistiques et s'émanciper du marché. Incidemment, cette démarche pourrait aussi rendre plus difficile l'appréhension de telles œuvres, immatérielles et éphémères, par le droit d'auteur.

Pourtant, plus de cinquante ans après les premières œuvres d'art corporel, nous nous trouvons devant un constat très différent. L'art de performance, à l'instar d'autres mouvements importants de l'art contemporain, s'est institutionnalisé[729]. Il est désormais accueilli par des

---

[726] Sur l'art contemporain en particulier v. les travaux de N. Walravens, ou de J. Ickowicz.

Pour des considérations plus générales, M. Vivant, « Les métamorphoses de l'œuvre » *in D.,* 2010, p. 776.

[727] S. Wright, « Le dés-œuvrement de l'art » *in Mouvements*, n° 17, 2001, p. 9-13.

[728] *Ibid.,* p. 9 : « À persister à identifier œuvre et art, on se condamne non seulement à produire des descriptions forcément alambiquées de bien des propositions artistiques contemporaines – où l'œuvre fait souvent écran à *l'activité artistique* – mais encore à renforcer des normes au sein du champ de l'art » (souligné par l'auteur).

V. aussi « La disparition de l'œuvre. Questions à Frédéric Pouillaude » *in Nouvelle revue d'esthétique*, vol. n °8, n° 2, 2011, p. 121-128.

[729] V. notamment B. Péquignot, « De la performance dans les arts. Limites et réussites d'une contestation » *in Communications*, vol. 92, n° 1, 2013, p. 9-20. L'auteur nota ainsi, p. 18 : « Le mouvement de la performance a sans conteste réussi à transgresser bien des principes esthétiques (avec d'autres mouvements, ne l'oublions pas) […] ; mais sa mise en cause du système institutionnel, politique et médiatique, de la reconnaissance artistique,

musées, voire acheté par des collectionneurs. Il ne se trouve plus en dehors des circuits du marché de l'art et permet, d'ailleurs, la rémunération des artistes.

Il est à noter, à ce propos, que la rémunération des artistes ne dépend pas uniquement de la circulation de leurs œuvres sur le marché. Ils peuvent également dériver des revenus de leurs activités artistiques au sens large, sur des modèles qui ont précisément été créés pour s'adapter à des formes artistiques nouvelles qui fonctionnent sans forcément produire d'objet. Comme le notent les économistes Nathalie Moureau et Dominique Sagot-Duvauroux, « au-delà d'une économie organisée autour de la valeur fétiche d'une œuvre unique et appropriable, cœur d'un marché de collection, se développe une économie de projets, de performances, d'interventions dans l'espace public, d'œuvres *in situ*, de résidences »[730]. Ainsi, les artistes peuvent être rémunérés en tant qu'interprètes pour des performances-spectacles ou en tant que prestataires de services pour la préparation de leurs expositions, voire pour des activités annexes telles que des ateliers à destination du public ou des travaux de commissariat d'expositions. Ainsi, ils ne dérivent pas leurs revenus uniquement de la vente de leur production artistique mais aussi d'activités leur permettant d'exploiter leurs compétences en tant qu'artistes. Évidemment, les compétences de l'artiste et son œuvre sont liées, et ce particulièrement lorsque, comme dans l'art corporel, l'artiste lui-même (ou du moins son corps ou sa présence) se confond avec l'œuvre.

Cependant, même si l'artiste peut disposer d'autres sources de revenus, nous souhaitons nous interroger sur la possibilité d'exploiter l'œuvre d'art corporel en tant qu'œuvre, malgré sa corporéité. Est-il possible, et comment le serait-il, de considérer le corps (ou des éléments ou produits de celui-ci) comme un objet d'art ? Nous souhaitons donc, dans ce titre, étudier l'art corporel sous l'angle de l'œuvre ; c'est pourquoi nous nous intéresserons à la façon dont l'œuvre peut circuler à la manière d'un objet (et non pas d'une personne), quand bien même les deux seraient, de fait, indissociables.

Nous nous intéresserons aussi principalement à l'art de performance (plus qu'aux installations utilisant des produits ou éléments du corps par exemple). En effet, les œuvres qui relèvent de la performance sont plus éphémères et sont moins assimilables à un artefact. De plus, le genre de la performance, né dans les années 1960, en même temps que le mouvement de

ainsi que du caractère "capitaliste" de son économie (au sens où la valeur marchande de l'œuvre se constitue dans un marché), a tourné court, comme il a d'ailleurs échoué pour d'autres courants contemporains. »

730 N. Moureau et D. Sagot-Duvauroux, *Le marché de l'art contemporain*, La Découverte, 2016, p. 4.

dématérialisation initié par l'art conceptuel, partage avec ce dernier courant un idéal de rejet de l'œuvre d'art. À ce titre, elles déstabilisent, davantage que d'autres productions d'art corporel, le droit d'auteur et le marché de l'art – ce qui en fait un objet d'étude particulièrement intéressant.

Devant ce constat de l'intégration de l'œuvre d'art corporel au marché, il s'agit de s'interroger sur les conditions, juridiques en particulier, qui permettent une telle intégration. Ainsi, bien que ces créations semblent largement dépasser la notion traditionnelle d'œuvre d'art, elles peuvent, dans une certaine mesure, être appréhendées par le droit d'auteur sous l'angle de l'œuvre de l'esprit (chapitre 1). De plus, certaines modalités, pratiques notamment, que nous nous proposons d'étudier leur permettent de circuler comme des œuvres d'art malgré leur caractère d'expérience éphémère et incarnée (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA PROTECTION PARTIELLE DE L'ŒUVRE CORPORELLE PAR LE DROIT D'AUTEUR

L'œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur n'est pas définie par la loi. Le code de la propriété intellectuelle se contente ainsi d'énumérer des critères négatifs, qui ne doivent pas être pas pris en compte pour l'accès d'une œuvre à la protection : le genre, la forme d'expression, le mérite et la destination[731].

L'indifférence au genre et à la forme d'expression autorisent *a priori* la protection d'œuvres d'art contemporain aux modes d'expression nouveaux, qui ne se rattachent pas à un genre particulier – la performance se situe ainsi entre les art plastiques et les arts vivants – ou se manifestent de manière non traditionnelle – par exemple par l'intervention directe de l'artiste (et de son corps) auprès du public. L'exigence d'indifférence au mérite de l'œuvre s'avère peut-être plus intéressante encore pour l'art corporel. D'abord, cette indifférence au mérite doit exclure toute appréciation esthétique du juge, quand bien même ce dernier pourrait être déstabilisé ou choqué par certaines œuvres. Elle évite également que le débat ne se porte sur la question de la définition de l'œuvre d'art[732], question qui agite la critique d'art et la théorie esthétique depuis les premiers *ready-made*. Surtout, elle entraîne une indifférence à la moralité de l'œuvre qui peut, théoriquement, être protégée quand bien même son contenu serait obscène. Ainsi la Cour de cassation a approuvé à plusieurs reprises la protection de films pornographiques même si ceux-ci pouvaient être jugés immoraux[733]. Il semble cependant que la Cour se laisse un espace d'appréciation pour refuser la protection aux œuvres illicites[734] – espace qui peut être interprété comme une sorte de réserve que se ménagerait la Cour si la création d'une œuvre venait à attenter gravement à la dignité humaine[735]. Cette hypothèse paraît

[731] L. 112-1 du CPI.

[732] Ainsi en découle le principe d'unité de l'art qui permet de protéger par le droit d'auteur aussi bien les œuvres des beaux-arts que des arts appliqués.

[733] Cass. crim. 6 mai 1986, n° 84-93.696, et Cass. crim., 28 sept. 1999, n° 98-83.675.

[734] Alors que la décision de 1986 suscitée reprend les motifs de la cour d'appel qui rappellent que la production des films pornographiques n'est pas illicite, celle de 1999 mentionne, reprenant également les motifs (plus explicites) de la cour d'appel, qu'« en l'absence de preuve de son caractère illicite, une œuvre pornographique bénéficie de la protection accordée par la loi sur la propriété littéraire et artistique ». Il serait donc possible d'en déduire qu'une œuvre illicite serait, a contrario, exclue de la protection du droit d'auteur.

Contra v. B. Bouloc, *RTD com.*, 2000, p. 482 selon qui une œuvre devrait pouvoir être protégée même si elle était manifestement illicite.

[735] En effet, le prévenu, demandeur au pourvoi dans la seconde affaire précitée, avançait que les films pornographiques ne pouvaient être protégés au titre du droit d'auteur qu'« à la condition qu'ils ne présentent pas

toutefois très marginale et ne devrait pas influer sur la protection de la grande majorité des œuvres d'art corporel.

Les conditions positives à la protection sont d'origine prétorienne. Il s'agit des exigences de forme et d'originalité, que nous examinerons ici successivement. Tout d'abord, l'originalité est bien, selon nous, un critère de protection, ce qui signifie qu'il peut exister des œuvres qui ne sont pas originales (et donc ne sont pas protégeables)[736]. Il est vrai que, pour certains d'auteurs, les notions d'œuvre et d'originalité, ou, plus justement, d'œuvre et d'œuvre originale, se recouvrent[737]. Selon cette opinion, l'œuvre serait par essence originale, donc empreinte de la personnalité de son auteur, sans quoi il ne pourrait s'agir d'une œuvre. Cependant, ce serait là confondre l'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur avec l'œuvre idéale des beaux-arts. S'il est possible de considérer qu'une œuvre n'a de valeur artistique que du fait de son lien avec la personnalité de l'auteur – encore que cela conduise à nier l'esthétique d'effacement de l'auteur de l'art contemporain – il est très artificiel de considérer qu'elle n'existerait pas sauf à être originale.

En ce qui concerne le critère de forme, la question nous paraît plus ambiguë. Il est en effet possible de penser que la formalisation est ce qui distingue l'idée de l'œuvre, et qu'ainsi l'œuvre n'existe que formalisée. Cela ferait de la forme un élément constitutif de l'œuvre et non un critère de sa protection. La position en certainement justifiable : en effet, on pourrait considérer qu'il n'y a d'œuvres de l'esprit (au sens du droit d'auteur) que formalisées – faute de quoi l'objet du droit devient bien incertain. Toutefois, les évolutions de l'art contemporain viennent précisément déstabiliser la notion de forme en ce que les artistes peuvent présenter comme œuvres d'art des réalisations qui relèvent davantage de l'idée que de la forme. Au sens de la critique d'art, il existe donc certainement des œuvres d'art informes. C'est pourquoi nous

---

un caractère odieux et dégradant pour la personne humaine, ce qui caractériserait une infraction pénale » et qu'il revenait aux prétendus titulaires des droits de le prouver.

V. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3ème éd., Dalloz, 2015, n° 256 sur l'hypothèse selon laquelle la réalisation d'un film pourrait être « *intrinsèquement* illicite » si elle contrevenait à la dignité de la personne. Les auteurs reconnaissent que ce raisonnement est étranger au droit d'auteur et n'est pas logique en termes strictement techniques mais qu'« au-delà de toute analyse intellectuelle, la Cour de cassation a très certainement voulu se ménager une très exceptionnelle faculté de contrôle ».

736 Ainsi, confondre les deux, ce serait « confondre l'objet et ses propriétés », M. Vivant, « Les métamorphoses de l'œuvre » *in D.,* 2010, p. 776.

737 Par exemple, S. Travers de Faultrier, *La parole professorale*, Université de Montpellier, 2007, n° 97.

estimons qu'il est plus intéressant, s'agissant d'une étude sur des œuvres d'art contemporain, de considérer la forme comme un critère de protection.

Aussi, distinguer la forme (section 1) de l'originalité (section 2) permet, selon nous, une analyse plus claire et plus complète des problèmes qu'est susceptible de rencontrer la protection de l'art corporel.

SECTION 1. Le critère de forme face à la dématérialisation de l'œuvre

L'art corporel s'inscrit dans un mouvement général de l'art contemporain qui tend à refuser de définir l'activité artistique comme la production d'une œuvre finie incarnée dans un objet matériel. Ainsi certains artistes exposent des travaux en cours, œuvres imparfaites, réduites à l'état d'ébauches voire d'idées[738]. D'autres, s'inscrivant dans un mouvement parallèle, refusent l'œuvre d'art traditionnelle en inscrivant leur réalisation dans son rapport avec son environnement : environnement naturel pour le *land art*[739], environnement urbain pour le *street art*[740], rapports entre la culture et la nature interrogés par l'*arte povera*[741] et, plus récemment, prise en compte des rapports humains dans l'esthétique relationnelle[742]. Ces artistes, qui ont en commun de rechercher une forme de dématérialisation de l'œuvre d'art[743], provoquent une

[738] L'exemple le plus frappant est celui de l'art conceptuel qui recherche à se rapprocher au plus près du concept ou de l'idée sans aucune réalisation matérielle et qui pour cela repose en grande partie sur le langage, présentant par exemple au public des protocoles (énoncés de l'idée de l'artiste).

[739] Le *land art* suppose une intervention, souvent monumentale, de l'artiste sur un paysage naturel ou urbain.

[740] Le *street art* implique traditionnellement que l'œuvre soit réalisé sans autorisation sur des bâtiments ou du mobilier public. Ce procédé empêche toute commercialisation de l'œuvre produite puisqu'elle n'est pas détachable de son support qui est inamovible. Il existe cependant de nombreuses ventes d'artistes de *street art* qui dessinent sur des toiles.

[741] Ce courant, créé par des artistes italiens dans les années 1960, se caractérise par une attitude commune plus que par une esthétique. Cette attitude consiste en un refus de l'objet au profit du processus de création, lui-même envisagé comme une « guérilla » contre la culture dominante. Par ailleurs, les artistes se revendiquant de l'*arte povera* utilisent souvent des matériaux « pauvres » comme des chiffons, des végétaux, etc.

[742] L'esthétique relationnelle est un courant des années 1990 qui envisage l'art comme une expérience partagée et préfèrent proposer des activités au public plutôt que de lui donner des objets à voir.

[743] Le mot « dématérialisation » appliqué à l'art contemporain fut utilisé pour la première fois par L. Lippard et J. Chandler dans un article publié pour la première fois en 1968 et devenu depuis célèbre qui évoque l'art (notamment l'art conceptuel) des années 1960, « The Dematerialization of Art » *in* A. Alberro et B. Stimson (dir.), *Conceptual Art : A Critical Anthology*, MIT Press, 1999, p. 46-50.

remise en cause profonde de l'art en tant qu'activité ayant pour but d'informer la matière[744] si bien que l'art contemporain peut être considéré comme un art « à l'état gazeux »[745].

Cependant, ces mouvements ont, dès la fin des années 1960, bénéficié d'une certaine reconnaissance des institutions artistiques. Ainsi, l'un des moments marquants de la naissance de l'art contemporain a été l'exposition intitulée « Quand les attitudes deviennent forme », présentée à la *Kunsthalle* de Berne en 1969[746], à l'occasion de laquelle étaient exposés de nombreux artistes relevant des mouvements qui avaient émergés au cours de années 1960 : *land art, arte povera*, art minimal, mais aussi performance (avec des artistes tels que Joseph Beuys). Cette exposition ne présentait pas d'objets d'art mais des œuvres s'apparentant davantage à des actions ou à des expériences, souvent réalisées dans l'enceinte du musée et sous les yeux des visiteurs.

Devenue un repère dans l'histoire de l'art du XXe siècle, l'exposition « Quand les attitudes deviennent formes » doit son importance au fait qu'elle aurait été le premier signe d'une reconnaissance par le monde de l'art, et en particulier par les institutions muséales, d'une forme d'art immatériel. Elle montrait pour la première fois une production artistique passant par l'expérience et non par l'artefact et reconnaissait une « forme », c'est-à-dire ici une densité artistique, aux « attitudes » des artistes appartenant aux courants de l'immatériel qui avaient été jusque-là en marge des musées et de l'histoire de l'art. Les « attitudes » artistiques, auxquelles on pourrait rattacher l'art corporel dans son ensemble, se voient donc reconnaître une forme artistique. Qu'en est-il alors de leur forme juridique ?

Le droit d'auteur ne peut protéger les œuvres de l'esprit que lorsque celles-ci revêtent une forme perceptible aux sens – sans quoi elles ne pourraient être appréhendées. La notion de forme limite aussi le champ de protection des œuvres puisque seule la forme de l'œuvre peut, *a priori*, être protégée. Cela permet d'éviter une appropriation des idées qui, selon la formule consacrée, doivent rester « de libre parcours »[747]. La dichotomie ainsi établie entre l'idée et la forme

[744] D. Riout, *Qu'est-ce que l'art moderne ?*, Gallimard, 2014, p. 349.

[745] « Là où il y avait des œuvres, il ne subsiste plus que des expériences. Les œuvres ont été remplacées dans la production artistique par des dispositifs et des procédures qui fonctionnent comme des œuvres produisent la pure expérience de l'art », Y. Michaud, *L'Art à l'état gazeux*, Stock, 2003, p. 9.

[746] L'exposition a d'ailleurs été reconstituée à l'occasion de la biennale d'art contemporain de Venise en 2013 lors d'une exposition intitulée « Quand les attitudes deviennent forme : Berne 1969 / Venise 2013 ».

[747] H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, p. 22. L'auteur considère que les idées sont « par essence et par destination de libre parcours ».

permet d'atteindre un certain équilibre au sein du droit d'auteur en évitant qu'un artiste ne puisse se réserver trop largement un thème[748], un style[749] ou une méthode[750] et ainsi empêcher d'autres réalisations et brider la créativité d'autrui.

En ce qui concerne la forme de l'œuvre, l'art corporel s'inscrit dans la même dynamique que le reste de l'art contemporain : dématérialisation (§1) et « éphémérisation » (§2) de l'œuvre d'art. Bien entendu, les œuvres d'art corporel ont pour spécificité d'être incarnées dans un corps ; toutefois, cela n'est pas très pertinent ici en ce que ce n'est pas la forme du corps qui intéresse le droit d'auteur mais celle de l'œuvre – qui n'est pas forcément la même. Ainsi, les œuvres d'art corporel partagent avec d'autres œuvres d'art contemporain des caractéristiques – elles sont immatérielles et éphémères – qui rendent leurs formes difficiles à appréhender. C'est pourquoi, tout en dégageant les éventuelles particularités de l'art corporel, nous pouvons illustrer notre raisonnement par des exemples d'œuvres qui ne sont pas forcément tirés de ce courant mais partagent certains de ses attributs.

Paragraphe 1. Forme et œuvre d'art immatérielle

Nous traiterons ici de la question de la dématérialisation de l'art et de ses conséquences pour la notion de forme en droit d'auteur en examinant successivement deux manifestations de cette dématérialisation : le rejet de l'objet d'art au profit de l'intention ou du concept (A) et ce même rejet de l'objet d'art au profit du processus ou de l'action (B).

De façon plus contemporaine, la libre-circulation des idées est un principe mentionné dans l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), dont l'article 9.2 précise que la protection du droit d'auteur ne s'étend pas « aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels ».

[748] TGI Paris, 21 janv. 1983, *D.* 1984, p. 286, note Colombet.

[749] Par exemple, TGI Paris, 3 juin 1998, *Gaz. Pal.* 1998, somm. p. 689-690, sur le refus de protection du « genre cubiste ».

[750] V. ainsi TGI Paris, 26 mai 1987, *D.* 1988, p. 201, sur le refus de protéger l'idée consistant d'« envelopper des objet ».

A. La dématérialisation par la prééminence de l'idée

En droit d'auteur, la forme protégeable est traditionnellement opposée à l'idée, qui doit rester de libre parcours. La notion juridique de forme pourrait donc se trouver déstabilisée par les pratiques de l'art contemporain qui tendent, précisément, à privilégier l'idée qui sous-tend l'œuvre d'art plutôt que sa réalisation formelle en produisant des œuvres immatérielles (1) ou invisibles (2).

1. L'œuvre sans objet d'art

L'œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur est un bien immatériel, ce qui peut sembler contradictoire avec l'exigence de forme[751]. La forme perceptible aux sens n'équivaut pourtant pas à la matérialité – une œuvre n'a nul besoin d'être « incarnée » dans un objet pour accéder à la protection du droit d'auteur. Des œuvres immatérielles (ou plutôt peu matérielles), de l'éclairage d'un monument[752] au logiciel informatique[753], sont bien protégées. Pourtant cette protection semble poser davantage de questions dans le cas des œuvres traditionnellement plastiques qui se conçoivent difficilement séparément de leur support matériel[754].

Or l'existence même (et l'utilité) d'une réalisation matérielle en tant que concrétisation de l'idée qui la rend perceptible aux sens est remise en cause par le mouvement de dématérialisation de l'art contemporain. L'art conceptuel en constitue l'exemple le plus convaincant puisque l'un des principes qui fonde ce courant artistique est celui de la primauté de l'idée sur sa réalisation concrète. En accord avec ce principe, les artistes de ce mouvement cherchent à se détacher la

---

[751] Ainsi P.-Y. Gautier s'oppose à la « théorie de la matérialisation » : *Propriété littéraire et artistique*, 11e éd., PUF, 2019, n° 37.

[752] Sur l'éclairage de la Tour Eiffel : Cass. civ. 1re, 3 mars 1992, n° 90-18.081.

[753] D'ailleurs la dématérialisation de l'œuvre n'est pas un mouvement circonscrit aux débuts de l'art contemporain et passe aujourd'hui par le développement de l'art numérique. V. J. Lillemose, « Conceptual Transformations of art: From the Dematerialisation of the Object to Immateriality in Networks » in J. Krysa (éd.), *Curating Immateriality: The Work of the Curator in the Age of Network Systems*, Autonomedia, 2006, p. 113-135.

[754] V. par exemple A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4e éd., LexisNexis, 2012, n°235.

On peut aussi penser à la distinction opérée par le Pr. Gaudrat qui fait une différence entre les œuvres plastiques qui ont une forme inhérente et les autres (œuvre littéraire, musicale, etc.) dont la forme n'est que conventionnelle – autrement dit dont le support (écrit, partition) n'est pas l'œuvre elle-même. V. P. Gaudrat, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit » *in Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 201 et s.

production d'une œuvre d'art pour présenter directement l'idée au public. Cette démarche peut passer par une recherche de la forme la plus simple possible[755] afin que la valeur de l'œuvre ne dépende plus de sa réalisation mais soit toute entière contenue dans l'idée qui la sous-tend. De façon plus radicale encore, l'œuvre peut être remplacée par un dispositif de protocole : l'artiste alors explique son idée dans un texte, décrit ce que l'objet réalisé pourrait être et parfois les différentes étapes nécessaires à sa fabrication[756].

Cependant il est, même alors, difficile de considérer que l'œuvre d'art est dénuée de toute matérialité, puisqu'elle se manifeste au moins par le biais d'un énoncé qui pourra, d'ailleurs, être exposé dans des musées au même titre que des objets d'art[757]. L'art contemporain, même conceptuel, malgré un rejet certain de l'objet d'art n'a d'ailleurs jamais véritablement réussi à s'abstraire de toute réalisation formelle en ce que l'œuvre, pour être reconnue comme œuvre d'art, doit pouvoir être communiquée au public quand bien même cette communication suivrait des modalités peu traditionnelles (en particulier des modalités non picturales). Ainsi, si ce mouvement de « dématérialisation » est un constat largement partagé par ceux qui s'intéressent à l'art contemporain[758], il n'en est pas moins difficile à cerner. Finalement, les œuvres immatérielles évoquées ici seront des œuvres « moins matérielles » que les œuvres d'art traditionnelles en ce que l'idée qui les sous-tend est considérée comme faisant la valeur artistique principale de l'œuvre tandis que leur forme est plus « floue », difficile à définir sous la forme d'un artefact fini et distinct de son environnement[759]. Ainsi il n'existerait pas véritablement d'œuvres totalement immatérielles, à l'exception peut-être de quelques exemples marginaux comme l'exposition dite « du vide »[760] ou les *Zones de sensibilité picturale*

[755] Par exemple, il peut s'agir d'un objet industriel trouvé.

[756] V. la pratique de l'artiste américain Lawrence Weiner.

[757] Leur protection juridique en revanche est douteuse, faute d'originalité. À rapprocher par exemple de la question des recettes de cuisine, qui ne sont pas protégeables en tant qu'elles ne sont qu'une succession d'instructions : TGI Paris, 3e ch., 30 sept. 1997, Duribreux c. Muses Production, Légipresse avr. 1998, n° 150.

[758] Comme le montre le succès de ce terme depuis l'article de L. Lippard et J. Chandler précité.

[759] L. Lippard, *Six Years – The Dematerialization of the Art Object from 1966 to 1972*, University of Califormia Press, 1997, p. 5 : On m'a souvent fait remarquer que le terme de dématérialisation était inexact, qu'un morceau de papier ou une photographie est tout autant un objet ou un "matériau" qu'une tonne de feuilles. Certes. Mais faute d'un meilleur terme, j'ai continué à faire référence à un processus de dématérialisation, ou à un désinvestissement des aspects matériels (unicité, permanence, attrait décoratif). » (Traduction libre de l'anglais.)

[760] Cette exposition s'intitulait en fait « La spécialisation de la sensibilité à l'état de matière première en sensibilité » et a eu lieu à la Galerie Iris Clert à Paris en 1958. La galerie avait été pour l'occasion vidée de tout contenu et ses murs peints en blanc.

immatérielle[761] de Klein[762] – qui font tout de même l'objet d'un dispositif de traces[763] qui, bien que distinct de l'« œuvre » elle-même, permet à celle-ci de perdurer dans l'histoire de l'art et d'être exposée par des institutions[764].

Les œuvres d'art corporel ne peuvent pas faire partie de cette dernière catégorie d'œuvres totalement immatérielles puisque, par définition, elles impliquent l'utilisation d'un corps. Même si ce corps n'effectue aucune action, sa seule présence donne à l'œuvre d'art corporel une densité, constitue une sorte d'expression. La forme des œuvres d'art corporel serait donc *a minima* celle du corps qui les incarnent.

2. L'œuvre invisible

La question de l'œuvre invisible, bien que sans doute plus anecdotique, nous paraît intéressante en relation avec la dématérialisation de l'œuvre d'art. Une œuvre invisible ne serait pas, en tant que telle, une œuvre immatérielle en ce qu'elle existerait dans une forme matérialisée mais cette forme serait invisible car volontairement cachée du public. Par exemple, Sol LeWitt réalisa en 1968 une œuvre intitulée *Buried Cube Containing an Object of Importance but Little Value* constituée d'une sculpture n'ayant été vue de personne mis à part de l'artiste lui-même placée dans une boîte en fer elle-même enterrée dans un jardin. Il ne subsiste de cette œuvre que les photographies prises pendant l'enterrement du « cube ». La démarche de l'artiste est ici conceptuelle et tend à souligner l'importance de l'idée de l'œuvre, distincte de l'objet dans lequel celle-ci s'incarne. Cependant, l'objet semble bien exister[765].

---

761 L'artiste a vendu, entre 1959 et 1962, des reçus numérotés pour des *Zones de sensibilité picturales immatérielles* contre une certaine somme d'or fin. L'acheteur devait brûler ce reçu « pour que la valeur fondamentale immatérielle de la zone lui appartienne définitivement et fasse corps avec lui » pendant que Klein jetait la moitié de l'or reçu dans le Seine, et ce en présence de témoins et au cours d'un rituel dont l'artiste avait fixé les modalités. V. Y. Klein, « Règles rituelles de la cession des zones de sensibilité picturale immatérielle » (1959) *in Le dépassement de la problématique de l'art et autres écrits*, Beaux-Arts de Paris, 2003.

762 À leur propos v. notamment D. Riout, *Yves Klein manifester l'immatériel*, Gallimard, 2004, qui montre l'intérêt de Klein pour l'immatériel et l'invisible comme un cheminement cohérent et visant à isoler le rayonnement de l'œuvre d'art sans l'aide des habituelles modalités picturales.

763 Notamment de photographies et de récits. V. *ibid.* notamment p. 93 et s.

764 Ces œuvres de Klein s'apparentent par certains aspects à des performances. Par exemple, *Zones de sensibilité picturales immatérielles*, le rituel lors duquel l'acquéreur devait brûler le reçu, documenté par des photographies, constitue en lui-même une action.

765 V. aussi par exemple la sculpture de Walter de Maria, *Vertical Earth Kilometer*, datant de 1977 et consistant en une barre de laiton d'une longueur d'un kilomètre entièrement enfoncée dans le sol de manière à ce que seule son extrémité affleure à la surface.

Sur l'invisibilité dans l'art contemporain de manière plus générale, D. Riout, *Qu'est-ce que l'art moderne ?*, Gallimard, 2014, p. 351 et s.

Cette notion d'œuvre invisible peut potentiellement s'avérer intéressante pour analyser certaines œuvres d'art corporel. En effet, en ce qui concerne l'art corporel, l'existence même d'une forme ne semble pas poser problème. Puisqu'il y a engagement direct du corps de l'artiste (ou parfois de celui d'un modèle), il ne peut qu'y avoir une certaine forme qui serait celle même du corps présenté au public, perceptible par la vue, l'ouïe ou parfois le toucher.

Cependant il existe également des œuvres relevant de la performance et qui demandent incontestablement un engagement du corps de l'artiste dont la forme peut pourtant s'avérer extrêmement élusive. Par exemple, le travail de performance des années 1960 ou 1970 de l'artiste américain Vito Acconci reposait sur une certaine forme de clandestinité ; ses œuvres étaient ainsi à peine perceptibles aux sens parce qu'elles étaient volontairement furtives. Ainsi, pour *Following Piece* en 1969, Acconci effectua des filatures de personnes anonymes et choisies au hasard dans l'espace public en prenant garde de ne pas se faire remarquer des passants. Pour *Seedbed*, en 1972, le même artiste fut présent pendant trois semaines dans une galerie de New-York se masturbant sur une mezzanine, invisible des visiteurs mais pouvant parfois en être entendu. Des pratiques similaires perdurent dans l'art actuel et sont qualifiées de micro-performances ou d'art furtif ou discret, au « coefficient de visibilité négligeable »[766]. Elles ont en commun une forme de modestie dans l'action qui s'appuie sur un refus de l'art spectaculaire[767].

Cependant, même ces œuvres furtives ne semblent pas dénuées de forme. En effet, elles représentent bien la concrétisation d'une idée, dans la mesure où l'artiste a effectivement mis en place des dispositifs permettant à ces pièces d'être perceptibles par un certain public – certes limité voire involontaire. Ainsi, il est nécessaire, pour pouvoir se prévaloir de l'existence d'une forme, que l'œuvre puisse être perçue par le public mais rien ne semble exiger qu'elle le soit effectivement. Ainsi les œuvres peuvent être protégées, en droit d'auteur, du fait même de leur création et ce même si elles ne sont pas diffusées[768]. Évidemment, ces œuvres sont si fuyantes qu'un problème de preuve risque de se poser si l'artiste voulait effectivement se prévaloir d'un

---

[766] L'expression est de S. Wright, « Vers un art sans œuvre, sans auteur, et sans spectateur » *in* S. Wright (éd.), *Catalogue de la XVe Biennale de Paris*, Editions Biennale de Paris, 2007, p. 17.

[767] V. par exemple P. Marcolini, « Les paradoxes d'un "art sans art" » *in Cités*, vol. 75, n° 3, 2018, p. 69-79 et P. Ardenne, « L'art furtif, stade ultime, et vain, de la micro-intervention ? » *in Inter*, n° 120, 2015, p. 60–64.

[768] Art. L. 111-2 du CPI.

droit d'auteur[769], mais rien n'empêche formellement qu'une forme leur soit reconnue[770].

B. La dématérialisation par la primauté de l'expérience

Un autre pan important du mouvement de dématérialisation de l'art conduit par l'art contemporain est caractérisé par un brouillage des limites temporelles de l'œuvre. Alors qu'une œuvre d'art traditionnelle est incarnée dans un objet qui a vocation à subsister dans le temps, l'art contemporain a encore une fois cherché à se détacher de la production d'un artefact en essayant de créer des œuvres d'art qui prendraient la forme d'expériences éphémères.

La performance en particulier est un genre qui se distingue par son caractère éphémère. Une performance est toute entière comprise dans un moment temporel passager qui lie l'artiste au public présent. Elle nécessiterait ainsi une « co-présence, en espace-temps réel, du performer et de son public »[771]. D'ailleurs, et contrairement aux pièces de théâtre par exemple, la performance ne peut *a priori* être reprise puisqu'elle constitue un événement unique. Par ailleurs, si la plupart des performances ne durent que quelques minutes ou quelques heures, leur caractère éphémère n'implique pas nécessairement un temps court. Au contraire, certains artistes – Marina Abramovic et Ulay par exemple – ont mis la durée au cœur de leurs explorations artistiques, allant jusqu'à effectuer des performances pendant plusieurs jours ou

---

[769] Un problème similaire se pose d'ailleurs si l'artiste souhaite tirer une reconnaissance artistique de ces œuvres. Il faut forcément que le créateur lève le secret sur son œuvre pour que cette dernière soit considérée comme une œuvre d'art. Il lui faudra alors avancer son propre récit sur l'œuvre qui devra souvent être assorti de preuves : des photos, des témoins, etc.

V. sur l'action *Following Piece* de Vito Acconci et la façon dont elle a pu atteindre une reconnaissance artistique S. Lapalu, « Following Piece : l'a posteriori du dispositif indiciel » *in Marges*, n° 20, 2015, p. 103-118. L'auteure note : « L'artiste a nécessairement besoin de la reconnaissance d'un public afin de faire advenir son activité comme proposition symbolique. Pour ne pas rester le fou anonyme qui suit les New-yorkais dans la rue, son activité secrète doit fatalement être révélée. » Ainsi, Acconci a notamment diffusé des photographies de son action qui sont ajourd'hui conservées au Metropolitan museum of art et au MoMA à New-York. S. Lapalu ajoute ainsi : « En se situant "contre", Vito Acconci renforçait le pouvoir de légitimation de l'institution, participant de plus à en agrandir le champ. Un tel dispositif indiciel se conformait finalement à l'attente d'un monde de l'art, lui-même indispensable à la reconnaissance symbolique de l'œuvre et sociale de l'artiste. »

[770]Évidemment la question est ici excessivement théorique. Pour poursuivre l'exemple précédent, il ne fait aucun doute que l'idée de « suivre des passants dans la rue » ne pourrait pas être protégée. Même si ces gestes exacts dans leur contexte urbain pourraient peut-être l'être, la pièce dépend tellement de son environnement qu'elle est irreproductible. Celle-ci ne survit donc qu'à travers ses traces (comptes-rendus, photographies), qui ont une forme qui n'est pas celle de la performance.

[771] T. de Duve « Performance Ici et Maintenant : L'Art minimal, un plaidoyer pour un nouveau théâtre. » in *Essais Datés, 1974-1986,* La Différence, 1987.

même plusieurs mois[772]. Leurs créations n'en restent pas moins des œuvres éphémères en ce qu'elles ne s'incarnent dans aucune forme matérielle stable. La performance terminée, il n'en restera que des traces, témoignage d'un événement passé.

Certains artistes refusent d'ailleurs de laisser la moindre trace de leur performance en inscrivant ce refus dans une démarche artistique délibérée. Le fait de ne permettre ni l'enregistrement, ni la photographie, ni la conservation d'objets utilisés lors de la performance évite en effet que ces souvenirs ne soient fétichisés, exposés dans les musées et ne remplacent au final l'œuvre elle-même qui doit rester l'expérience éphémère de la performance. Ainsi l'artiste conceptuel américain Ian Wilson organise, à partir de 1972, des *Discussions* consistant en un dialogue avec l'artiste dans une durée limitée pendant laquelle aucune prise de note ni enregistrement n'est autorisé. Seul sera délivré un certificat du créateur attestant que l'œuvre a bien eu lieu. De même le jeune artiste britannique Tino Sehgal refuse tout enregistrement ou photographie de ses performances très chorégraphiées afin qu'elles ne se conservent que dans la mémoire du public[773].

Le droit d'auteur français permet la protection d'œuvres qui ne sont pas vouées à être pérennes. Ainsi les œuvres réalisées avec des matériaux éphémères sont traitées de la même manière que les autres[774]. Cela permettrait la protection d'œuvres d'art faites de matériaux organiques périssables, comme par exemple les œuvres de l'artiste suisse Dieter Roth, réalisées dans les années 1960 et 1970 à partir de matières alimentaires. De même, le droit d'auteur s'avère tout à fait capable d'appréhender les œuvres qui, bien que constituées d'un matériau durable, sont vouées à une destruction relativement rapide du fait de leur contexte d'exposition, comme le montre la protection d'un empaquetage urbain de Christo[775].

Cependant, il s'agit pour l'art corporel d'une situation distincte puisqu'alors ce n'est pas le matériau utilisé qui est éphémère mais l'expérience de l'œuvre elle-même. Au caractère éphémère de l'œuvre s'ajoute un certain degré d'intangibilité : contrairement à la plupart des réalisations relevant des beaux-arts, une performance n'a pas de « forme inhérente », selon

[772] La dernière action commune de Marina Abramovic et Ulay, *The Lovers : The Great Wall Walk* en 1988, a ainsi duré trois mois, le temps pour chacun des artistes de marcher 2000 kilomètres sur la Grande muraille de Chine.

[773] Pourtant ses œuvres sont bien exposées, vendues, inscrites aux catalogues de musées, etc. V. *infra* p. 317.

[774] Ainsi une sculpture en chocolat a été protégée, TGI Laval, 16 fév. 2016 ; F. Fontaine, « Droit d'auteur et chocolat » *in RLDI*, n° 50, 2009, p. 8.

[775] V. CA Paris, 13 mars 1986 protégeant l'empaquetage du Pont-Neuf qui avait duré 14 jours.

l'expression de Philippe Gaudrat[776]. Ainsi, elle se rapprocherait davantage des arts vivants (théâtre, danse, mime, etc.). Si ce type d'œuvres est protégeable en droit d'auteur[777], leur caractère plus instable pose, davantage que pour les œuvres d'art plastique[778], la question de leur fixation.

Or, cette question de la fixation relève de la preuve davantage que de la forme de l'œuvre elle-même[779]. En effet, il n'existe pas d'exigence de fixation en droit français puisque les œuvres y sont protégées du seul fait de leur création[780]. Ainsi les œuvres éphémères et intangibles sont bien protégeables et le droit leur reconnaît une forme même si cette forme n'est pas incarnée dans un support matériel.

Paragraphe 2. Les évolutions de la notion de forme

Ainsi, le problème que l'art contemporain pose à la notion juridique de la forme n'est pas tant la disparition de toute matérialité que la question de la distinction de la forme et de l'idée, alors que la première perd de l'importance et que la seconde en gagne. Ainsi, plusieurs auteurs tentent de réformer la notion de forme pour mieux appréhender, notamment, les œuvres d'art contemporain (A). Ces propositions se traduisent, dans une certaine mesure, dans la jurisprudence (B) même s'il subsiste des incertitudes quant à la portée de la protection (C).

---

776 P. Gaudrat, *op. cit.*, p. 201.

777 Art. L. 112-2 du CPI. Nous reviendrons en détail sur la protection des arts vivants par le droit d'auteur *infra* p. 285.

778 V. Y. Gendreau, « Le critère de fixation en droit d'auteur » *in RIDA*, vol. 159, 1994, p. 147 et s. L'auteure fait remarquer que même pour ce type d'œuvres pour lesquels la création semble impliquer la fixation, le critère de fixation n'est pas sans incidence sur la protection.

779 Et sera traitée ici *infra* p. 285 et s.

780 Art. L. 111-1 du CPI.

Une exception notable concerne la chorégraphie, les numéros de cirque et la pantomime – catégorie tout à fait pertinente pour analyser l'art corporel. Il en sera traité dans la section suivante.

A. Les tentatives doctrinales d'adaptation du critère de forme

Deux pistes de réflexions doctrinales sont particulièrement intéressantes en ce qu'elles pourraient permettre une meilleure appréhension des œuvres d'art contemporain dont la forme est difficile à définir. D'une part, l'idée et la forme peuvent être envisagées non comme deux notions opposées, mais comme un continuum sur lequel se place l'œuvre protégée (1). D'autre part, des éléments immatériels relevant de la sensation ou de l'impression produite par l'œuvre pourraient être intégrés à la définition de la forme (2).

1. Un continuum de l'idée à la réalisation

Une approche permettant de mieux prendre en compte les évolutions de l'art contemporain serait d'envisager la distinction entre l'idée et la forme comme un continuum davantage que comme une stricte dichotomie. Il n'existerait alors pas de différence de nature entre l'idée et la forme ; une idée suffisamment actualisée – et en particulier une idée suffisamment précise – pourrait être considérée comme formalisée même en l'absence de réalisation matérielle[781] de la même manière que les œuvres inachevées sont bien protégeables[782]. Ainsi le véritable critère permettant de distinguer une idée d'une forme serait le degré de précision[783] – et non l'existence d'une matérialisation.

Cette conception peut se rapprocher d'une proposition d'Ivan Cherpillod, selon qui le droit d'auteur doit s'attacher aux critères de protections (l'existence d'une création et son originalité) sans chercher à distinguer l'idée de la forme d'une œuvre[784]. Il n'y aurait ainsi aucune raison de refuser la protection à une idée originale exprimée. Il ne s'agit plus ici de trouver la limite entre idée et forme puisqu'une telle distinction entre l'idée et la forme n'aurait pas de

---

781 P.-Y. Gautier, *op.cit.* n° 40 et s.

782 Ainsi, selon l'article L. 111-2 du CPI, « l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ».

Dans la jurisprudence, v. par exemple Cass. civ. 1ère, 17 octobre 2000, n° 97-20820 : « Attendu que la protection de l'idée comme œuvre de l'esprit suppose la création de l'œuvre par la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ». Cette formulation sous-entendrait qu'une idée suffisamment réalisée peut-être protégée.

783 P.-Y. Gautier explique le critère de la précision en ces termes : « La mise en forme de l'idée, ce n'est pas l'écriture du roman ou son plan détaillé, consigné dans un fichier, c'est le fait de parvenir à une précision suffisante quant à l'œuvre future dans l'exposé que l'on peut en faire à autrui, oralement ou d'une autre façon, c'est la détermination des contours de ce qui n'est pas un vague thème, un sujet encore flou » (*op.cit.*, n° 42).

784 I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1985.

pertinence. Elle serait en quelque sorte absorbée par la distinction entre le banal (non protégé) et l'original (protégé)[785].

Ces théories pourraient permettre de mieux rendre compte du processus de création de certaines œuvres d'art contemporain. En effet, pour les œuvres qui reposent peu sur leur matérialité, il semble difficile de déterminer ce qui fait la différence entre forme et idée. Ainsi Édouard Treppoz approuve la protection de l'idée originale d'une œuvre de *land art* de Christo consistant à empaqueter le Pont-Neuf[786]. Il se félicite ainsi que « la distinction idée/forme s'estompe alors au profit d'une autre distinction entre banalité et originalité, comme le préconise une partie de la doctrine »[787].

Ces approches nous paraissent d'un grand intérêt théorique. Effectivement elles pourraient être adaptées pour analyser l'art contemporain qui ne répond pas à un processus de création linéaire dans lequel une idée conçue par l'artiste passerait ensuite directement et le plus fidèlement possible dans une matière. Cependant, elles peuvent aussi nous paraître relativement peu effectives. Ainsi, nous avons des difficultés à concevoir ce qui distingue l'idée exprimée de la forme. Sauf à adopter une définition quelque peu caricaturale de la forme comme une substance matérielle au sens de tangible, les deux notions semblent se recouper fortement. Ivan Cherpillod fait même de la « perceptibilité aux sens » une condition d'existence de l'œuvre et la limite de son champ de protection[788]. Ainsi, nous pouvons remarquer avec Julien Cabay qu'« à bien lire cette doctrine, on peut se demander si elle ne postule pas plus simplement un élargissement de la notion de forme dont les contours demeurent cependant imprécis »[789]. Cet élargissement de la notion de forme est justement proposé par Nadia Walravens.

---

[785] V. également B. Edelman, « Création et banalité » *in D.* 1983, chron. 73, p. 14.

[786] Il relève dans « Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain ? » *in RIDA*, n° 204, 2005, p. 95 : « Le processus créatif, pour la Cour d'appel de Paris, ne se limite pas à la seule phase d'empaquetage, mais s'étend, en amont, au choix de l'objet empaqueté. La création ne se limite pas à la composition ; elle s'étend à l'idée, qui accède dès lors à la protection. » Perso pas forcément convaincue qu'il s'agisse de la protection d'une idée plutôt que la mise en forme particulière d'une idée. »

[787] *Ibid.* : « Si une idée banale - empaqueter des objets - n'est pas protégée ; une idée originale – empaqueter le Pont-Neuf - peut l'être. »

[788] I. Cherpillod, *op.cit.* n° 225.

[789] J. Cabay, « "Ce sont les regardeursqui font les tableaux" - La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur » *in* B. Demarsin et A. Puttemans (dir.), *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Larcier, 2013, p. 26.

2. L’inclusion de la réception dans la forme de l’œuvre

Nadia Walravens, auteure favorable à la protection d’un plus grand nombre d’œuvres de l’art contemporain, suggère une nouvelle manière d’appréhender la notion de forme qui laisserait toutefois subsister la frontière entre l’idée et la forme. Elle constate dans ses travaux que si certaines œuvres ont une dimension matérielle réduite, elles peuvent tout de même provoquer une certaine « perception » du public[790]. Elle propose ainsi d’élargir la notion juridique de forme à la perception de l’œuvre (comprenant des éléments pouvant être intangibles comme le contexte d’exposition mais aussi l’air, la lumière, l’énergie, l’espace, le temps et l’expérience sensible du spectateur[791]) afin de ne pas se limiter aux éléments matériels d’un objet d’art[792]. Cette proposition aurait pour conséquence indiscutable de respecter davantage la démarche des artistes contemporains qui contestent la notion d’œuvre d’art comme une entité finie et refermée sur elle-même. De façon plus notable encore, elle paraît vouloir mieux appréhender le ressenti provoqué par la contemplation de l’œuvre et est symboliquement forte en ce qu’elle cherche à se rapprocher de l’expérience de l’art telle qu’elle serait vécue par le public.

Si elle pourrait ouvrir la protection du droit d’auteur à davantage d’éléments, l’adoption de cette version étendue de la forme entraînerait une renégociation concomitante de la portée de la protection contre la contrefaçon, du moins en cas de reproduction non servile de l’œuvre. En effet, l’assiette sur laquelle comparer les œuvres protégées à des œuvres possiblement contrefaisantes devrait forcément se trouver déplacée puisqu’elle comprendrait, en plus des éléments matériels, la « perception » respective des deux œuvres qui devrait alors être suffisamment identique pour que le juge puisse retenir la contrefaçon[793]. Or, en l’état actuel du droit, la perception du public ne doit normalement pas intervenir dans l’appréciation de la contrefaçon puisque le droit d’auteur protège l’œuvre de l’esprit « pour elle-même et non pour

[790] V. N. Walravens, *L'œuvre d'art en droit d'auteur - Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Economica, 2005, p. 125 sur l’exposition « du vide » de Klein : « On est ainsi en présence d’une œuvre concrétisée dans une forme, qui si elle n’est pas visible est néanmoins perceptible, preuve en est de la sensation toute particulière ressentie par les spectateurs ». La même auteure reconnaît toutefois que cette exposition ne serait pas protégée en droit d’auteur en l’état actuel du droit, faute de forme (*ibid.,* p. 73).

[791] *Ibid*., p 399 et s.

[792] À rapprocher de la notion de « forme intellectuelle » selon J. Ickowicz, *Le droit après la dématérialisation de l’œuvre d’art*, Les presses du réel, 2013.

[793] Sauf à considérer que la possibilité d’une impression serait le signal de la possibilité de protéger une oeuvre, mais que l’impression ne serait pas elle-même protégée. Cette interprétation nous semble toutefois devoir être écartée car, comme nous le précisons *infra* p. 256, la forme doit constituer l’« assiette » de la protection. De plus, une oeuvre d’art immatérielle pouvait être protégée en raison de l’impression qu’elle laisse sur le public sans que cette impression ne soit protégée, on pourrait se demander de quoi serait faite l’œuvre de l’esprit.

l'impression qu'elle produit sur le public »[794]. Il n'y a pas de contrefaçon si la seule perception de deux réalisations par le public est identique – il faut également qu'elles partagent suffisamment de ressemblances objectives – et, à l'inverse, le fait que l'effet produit soit différent ne suffit pas à exclure la contrefaçon[795].

Cela est d'ailleurs tout à fait logique puisque l'effet d'une certaine réalisation sur le public relèverait plutôt du domaine d'autres droits de propriété intellectuelle. En premier lieu, le droit des marques s'attache à « distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale »[796], ou à « garantir aux consommateurs l'identité d'origine du produit »[797]. Ainsi la contrefaçon en matière de marques est établie s'il existe un risque de confusion entre deux signes dans l'esprit du consommateur d'attention moyenne [798], ce qui montre bien que la marque protège le signe tel qu'il est perçu par son public[799], en l'occurrence le consommateur du produit ou service désigné. Dans une matière plus proche du droit d'auteur, le droit des dessins et modèles protège « une impression visuelle d'ensemble » produite « sur l'observateur averti »[800]. C'est ainsi bien la perception du modèle, plus précisément l'effet que ce dernier produit sur l'observateur averti, qui est prise en compte par ce droit. Ces deux droits de propriété intellectuelle ne sont évidemment pas interchangeables avec le droit d'auteur. Ainsi, les œuvres d'art contemporain que nous évoquons ici ne pourraient pas être protégées par le droit des marques ou des dessins et modèles[801]. Prendre ces droits en exemple nous permet uniquement de montrer que le droit d'auteur répond à une logique différente qui ne s'attache pas à la réception mais à la création de l'œuvre.

---

[794] M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.* n° 1064, citant un arrêt de Cass. com. 8 avr. 2014, n° 13-10689. V. aussi Cass. civ. 1ère, 15 mai 2015, n° 13-28116.

V. en droit belge J. Cabay, « "Qui veut gagner son procès ?" - L'avis du public dans l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur », *in A&M*, 2012, p. 13- 29, sur l'utilisation qui est faite de la notion de public par les juridictions dans l'appréciation de la contrefaçon.

[795] V. notamment la décision de la cour d'appel de Paris à propos de la contrefaçon d'une photographie par l'artiste américain Jeff Koons, retenue malgré le fait que les deux œuvres visaient à produire un effet très différent sur leurs publics respectifs. CA Paris, 17 déc. 2019, n° 152/2019, analysé en détails *infra* p. 259.

[796] Article L. 711-1 du CPI.

[797] Il s'agit de la « fonction essentielle » de la marque selon l'arrêt de la CJUE, 22 juin 1976, Terrapin, n° C-119/75.

[798] Ainsi la Cour de cassation retient la contrefaçon de marque lorsque la « ressemblance est de nature à créer une confusion dans l'esprit du consommateur d'attention moyenne » (Cass. com., 9 fév. 1976, n° 74-12.272).

[799] Par là le droit des marques, plus que le signe en lui-même, protège le lien entre le consommateur et la marque.

[800] Article L. 513-5 du CPI.

[801] L'utilisation, qui demeure marginale, de la propriété industrielle (en particulier le droit des brevets mais aussi le droit des marques) par certains artistes contemporains est toutefois notée par E. Treppoz, « Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain ? » *in RIDA*, n° 204, 2005, p. 59 et s.

Ce raisonnement par la contrefaçon permet de révéler en quoi la proposition de Nadia Walravens peut s'avérer bien plus radicale qu'un simple élargissement de la notion traditionnelle de forme à un élément supplémentaire que serait la perception. Elle est susceptible d'être interprétée comme un renversement complet de perspective : la protection de l'œuvre telle que le public la perçoit, ou même l'expérimente, remplacerait la protection de l'œuvre dans sa forme « externe »[802] et matérielle[803].

Or, la possibilité d'une mise en œuvre pratique d'une telle proposition reste incertaine et dépend surtout du degré de perception dont il est question. Il paraît ainsi relativement aisé de protéger, en plus de l'œuvre proprement dite, des éléments facilement objectivables et perceptibles par tous comme le contexte d'exposition d'un *ready-made* ou même l'ambiance lumineuse créée par une installation. En revanche le droit aura davantage de difficultés à appréhender la forme d'éléments entièrement immatériels ou dont la perception semble dépendre des sensibilités particulières, comme « l'énergie poétique » incorporée aux œuvres des artistes de l'*arte povera* et également citée par l'auteure[804].

Il semblerait donc que s'il est possible – et selon nous opportun – de prendre en compte, dans la notion de forme, des éléments qui dépassent de ce qu'il est conventionnellement considéré comme œuvre, il serait peu réaliste d'envisager la protection d'éléments – tels que l'énergie dégagée par l'œuvre d'art – qui paraissent dépendre exclusivement de la subjectivité de chaque spectateur et qui, par ailleurs, relèvent techniquement davantage de l'originalité que de la forme de l'œuvre.

---

802 L'expression est empruntée à P. Gaudrat, *op. cit.* La forme externe de l'œuvre est perceptible par tous les sujets. Elle est opposée à la forme interne qui est la forme mentale créée dans l'esprit de l'auteur qui peut être reconstituée par chacun des récepteurs dans son propre esprit *via* la forme externe.

803 V. aussi J. Cabay qui dans son article « "Ce sont les regardeurs qui font les tableaux" - La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur » *in* B. Demarsin et A. Puttemans (dir.), *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Larcier, 2013, propose une définition de la forme passant par la réception par le public (p. 47 et s.). Cette approche est assez différente d'une approche par la sensibilité subjective que nous décrivons ici. L'auteur ne souhaite pas s'en remettre à la réception subjective de chacun au sens du ressenti personnel, mais propose une technique de définition de la forme reposant sur l'objectivation des éléments de l'œuvre (y compris de l'idée). Son objectif est de réduire l'œuvre aux éléments de sa « structure » qui constitueraient sa « forme conceptuelle » telle qu'elle peut être comprise par un public culturellement situé.

804 N. Walravens, *op.cit.,* p. 400.

Dans le domaine de l'art corporel, sauf à renverser tout à fait la perspective du droit d'auteur et à ne plus appréhender l'œuvre de l'esprit par la création, il semble également impossible d'intégrer à la forme de l'œuvre des éléments d'environnement qui ne relèvent pas du contrôle de l'auteur, comme réaction du public dans les œuvres de performance. Ces réactions sont pourtant intégrées à la démarche artistique de l'artiste. V. *infra*, p. 262 et s.

Ainsi, la notion de perception pose la question de son apparent manque d'objectivité, dans la mesure où l'expérience provoquée par une certaine œuvre d'art peut varier d'un récepteur à l'autre. Or, il est possible de considérer à l'instar de Philippe Gaudrat que seules les œuvres dans leurs formes matérielles ou « externes » – et non leurs formes perçues ou « internes » – remplissent « la condition d'extériorité à tous les sujets » qui en fait « des formes objectives susceptibles de traitement juridique »[805].

Certes, cet argument peut être discuté si, en se plaçant sur un autre plan que celui du débat juridique, on examine l'œuvre d'art dans sa nature profonde. Il serait ainsi possible de soutenir qu'on ne jamais peut rendre compte objectivement d'une œuvre d'art quand bien même celle-ci serait incarnée dans un objet matériel. Ainsi, Agnès Tricoire s'oppose à la distinction entre forme interne (subjective) et externe (objective) en faisant valoir que l'œuvre d'art serait « par définition intersubjective »[806], de manière qu'il soit impossible de rendre compte objectivement de sa forme – même de sa forme dite externe.

Toutefois il semble impossible de trancher ce débat sur la nature objectivable ou non de l'œuvre d'art ainsi considérée « dans l'absolu », débat qui renvoie, en s'élargissant démesurément, à celui relatif à la nature de toute réalité. Surtout, si l'œuvre d'art dans la plupart des cas a tendance à s'adresser à la sensibilité et à la subjectivité de chacun, il n'en va pas nécessairement de même de l'œuvre de l'esprit comme notion juridique. En conséquence, il paraît judicieux de s'interroger sur l'opportunité, d'un point de vue pratique, d'une telle notion de perception faisant appel à la sensibilité voire à l'émotion des récepteurs de l'œuvre. En effet, comme le fait justement remarquer Michel Vivant, il apparaît, au regard notamment des nombreuses œuvres d'art appliqué protégées par les juridictions, qu'une œuvre de l'esprit peut tout à fait n'être appréhendée que par la seule intelligence et n'a pas besoin, pour être reconnue comme telle, de s'adresser à la sensibilité subjective ou aux affects[807].

D'ailleurs, cette approche par la sensibilité ne paraît pas spécialement favorable à l'art contemporain puisque des courants artistiques entiers, et en premier lieu l'art conceptuel, ne prétendent aucunement s'adresser aux émotions des récepteurs mais bien plutôt à leurs facultés

---

805 P. Gaudrat, *op.cit.*, p. 199.

V. aussi I. Cherpillod, *op.cit.,* n° 226.

806 A. Tricoire, *La définition de l'œuvre*, Université de Paris 1, 2012, p. 201.

807 M. Vivant, « Les métamorphoses de l'œuvre » *in D.,* 2010, p. 776. L'auteur fait également remarquer que des réalisations qui s'adressent à la sensibilité comme le parfum ne sont, à l'inverse, pas considérées comme des œuvres de l'esprit.

d'abstraction. Ainsi, prêter à l'œuvre d'art des qualités transcendantes telles que la présence, l'aura ou l'énergie, qualités qui feraient une grande part de l'expérience subjective et de l'émotion ressentie par chacun devant une création, correspond à un idéal de l'art moderne davantage que de l'art contemporain. En effet, l'art moderne valorise l'expression personnelle de l'artiste et reconnaît la présence et l'énergie persistante de ce dernier dans l'œuvre[808]. L'art contemporain quant à lui, ou du moins certains de ses courants les plus influents[809], propose un effacement de la subjectivité de l'artiste au profit d'une conception plus intellectuelle de l'art. En conséquence, les auteurs proposant d'inclure les critères modernes d'énergie, d'aura ou de présence en les présentant comme mieux adaptés à l'art contemporain se placent, selon l'expression de Nathalie Heinich, dans un « paradigme » inadéquat[810].

Ainsi, nous rejoignons Nadia Walvarens pour soutenir qu'il est sans doute pertinent d'élargir les limites de la forme protégeable de l'œuvre de l'esprit pour y inclure les parages de ce qui est traditionnellement considéré comme l'œuvre d'art, un certain *parergon* – soit des éléments du cadre de l'œuvre[811] – avec lequel les artistes ont précisément l'habitude de jouer dans la mesure où l'art contemporain ne s'incarne pas dans un objet inscrit dans des limites spatiales ou temporelles claires[812]. Cependant, il ne nous paraît pas forcément nécessaire pour cela de passer par une notion de perception qui renvoie à la subjectivité, puisque cet élargissement ne revient qu'à appliquer *stricto sensu* la notion de forme aux œuvres d'art contemporain sans les appréhender comme une exception – ce qui implique en l'espèce d'y inclure des éléments qui ne font pas partie des œuvres traditionnelles. Ce n'est pas ainsi la notion de forme qu'il semble nécessaire d'élargir mais le périmètre auquel elle s'applique. À cette fin, tous les éléments accessibles aux sens – qu'ils s'adressent à la sensibilité ou à l'intelligence – qui peuvent participer de la forme de l'œuvre nous semblent devoir être pris en compte, quand bien même ils sortiraient du cadre conventionnellement admis.

Cette proposition doit être évaluée au regard des évolutions de la jurisprudence qui, lorsqu'elle se trouve confrontée à des œuvres de l'art contemporain, paraît s'en tenir à la distinction entre

---

808 M. Kelly, « Re-viewing Modern Criticism » *in Screen*, vol. 22, n° 3, 1981, p. 41-62.

809 L'art conceptuel et l'art minimal notamment. V. *infra* p. 262 et s.

810 Selon la sociologue : « Entre connaisseurs de l'art contemporain et amateurs d'art moderne […] ce ne sont donc pas des goûts qui s'affrontent mais des paradigmes esthétiques, des cadres mentaux définissant l'espace imparti à l'art ». N. Heinich, *Le triple jeu de l'art contemporain*, Editions de Minuit, 1998, p. 328.

811 L'expression est de J. Derrida, *La vérité en peinture*, Flammarion, 2010, p. 21 et s.

812 V. S. Wright, « Le dés-œuvrement de l'art » *in Mouvements*, vol.17, n° 4, 2001, p. 9-13.

la forme et l'idée tout en acceptant un certain élargissement des éléments pris en compte comme faisant partie de la forme l'œuvre.

B. Les évolutions mesurées de la jurisprudence quant à la forme de l'œuvre

Deux décisions de justice concernant les œuvres de *land art* de Christo et Jeanne Claude, artistes notamment connus pour emballer des monuments à l'aide de tissus et de cordages, nous indiquent que « l'idée d'envelopper des objets »[813] ne peut être protégée tandis que peuvent l'être des réalisations précises, en l'occurrence l'empaquetage du Pont-Neuf[814]. Comme le fait justement remarquer Judith Ickowicz, l'arrêt protégeant le dispositif d'empaquetage du pont ne constitue pas la reconnaissance d'une idée mais seulement d'une occurrence d'empaquetage précise puisque « les juges du fond prennent soin d'appréhender l'œuvre dans sa globalité en définissant précisément sa forme singulière : elle résulte du choix des matériaux, de leur assemblage et de leur lieu d'affectation »[815]. Ainsi, cette décision ne protège que la forme spécifique de l'emballage du Pont-Neuf et non pas la simple idée d'empaqueter un monument. Il est également possible de remarquer que cette décision semble prendre en compte l'environnement qui fait ici, s'agissant d'une œuvre de *land art*, partie intégrante de l'installation – et en fait d'ailleurs la forme au sens de silhouette – au travers de la mention qui est faite de son « lieu d'affectation ».

Il est possible d'analyser de la même manière le célèbre arrêt Paradis dans lequel la Cour de cassation reconnaît la contrefaçon de l'œuvre *Paradis* réalisée en 1990 par l'artiste Jakob Gautel, constituée du mot « paradis » apposé sur le mur d'un hôpital psychiatrique au-dessus d'une porte délabrée, par la photographe Bettina Rheims qui a utilisé une image de l'œuvre de M. Gautel pour réaliser un triptyque photographique intitulé *La nouvelle Eve*[816]. Dans cette

[813] TGI Paris, 26 mai 1987 : les œuvres de Christo ne sont pas contrefaites par une campagne de publicité utilisant l'image d'arbres empaquetés à la manière de l'artiste. Dans le même sens v. TGI paris 3 juin 1998, sur le refus de protéger le style cubiste.

[814] CA Paris, 13 mars 1986 : « l'idée de mettre en relief la pureté des lignes d'un pont et de ses lampadaires au moyen d'une toile et de cordages » est protégeable. Ainsi, sont contrefaisante des publicités reprenant des photographies et films du Pont-Neuf empaqueté par Christo.

[815] J. Ickowicz, *op.cit.,* p. 280.

[816] Cass. civ. 1ère, 13 nov. 2008, n° 06-19.021.

décision, la Cour reprend les motifs de la décision d'appel qui insistait sur la réalisation matérielle de l'œuvre de Jakob Gautel et notamment sur l'aspect esthétique du mot « paradis » et de l'environnement dans lequel ce mot est inscrit[817]. Ainsi, si la Cour de cassation relève bien « l'approche conceptuelle de l'artiste, qui consiste à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun », elle n'approuve finalement la protection de l'œuvre que parce que cette approche « s'était formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale ». Il nous paraît donc impossible de considérer que cet arrêt s'affranchirait de la distinction entre idée et forme[818].

Une évolution notable en revanche semble se dessiner : celle d'une plus grande prise en compte du contexte de présentation d'une œuvre d'art puisqu'en l'occurrence le mur décrépi et la porte de l'hôpital psychiatrique furent reconnus comme faisant partie de la forme protégeable de l'œuvre. La cour d'appel avait d'ailleurs relevé de façon plus explicite dans cette même affaire que la matérialisation de l'œuvre de l'esprit revendiquée était constituée de « la forme esthétique du mot *PARADIS,* dont la typologie des lettres, comblées à l'or fin de façon inégale, reprend celle usuelle aux bâtiments de la République, *combiné à* une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encastrée dans des murs décrépis, dont la peinture s'écaille »[819].

Il nous semble que la notion de combinaison revêt bien ici une certaine importance. L'une des critiques qui a été portée à cet arrêt est qu'il ne parvenait pas à dégager une forme consistante de l'œuvre *Paradis* puisque celle-ci se compose d'éléments qui pourraient individuellement être repris sans qu'il n'y ait de contrefaçon[820]. Ainsi, pour certains auteurs, puisque l'œuvre est constituée de différents éléments matériels qui ne sont pas individuellement protégés, la forme

---

[817] La Cour de cassation, qui reprend le raisonnement de la cour d'appel, relève les caractéristiques suivantes de l'œuvre : « l'apposition de ce mot en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, sur une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encastrée dans un mur décrépi dont la peinture s'écaille ».

V. pour un avis légèrement différent N. Walravens, « Consécration de la protection de Paradis, œuvre d'Art conceptuel, par la Cour de cassation » *in RLDI,* n° 47, 2009 qui estime que la juridiction prend en compte des éléments intangibles de l'œuvre.

[818] En ce sens v. not. J. Ickowicz, *op.cit.*, p. 286 ou F. Pollaud-Dulian, *RTD Com.* 2009 p. 121. *Contra* v. B. Edelman, « Un arrêt énigmatique » *in D.* 2009, p. 263.

Certains auteurs notent un glissement dans la définition de forme qui permettrait toutefois toujours d'exclure l'idée. E. Treppoz note que la notion de forme est remplacée par réalisation (« "La nouvelle Eve" au "Paradis" du droit d'auteur » *in D.* 2006 p. 1051). Il remarque qu'« en ne se fondant pas sur la forme en elle-même, comme objet de protection, mais à la forme comme simple mode de communication, elle [la décision] met le droit en adéquation avec le renversement des valeurs auquel contraint l'art conceptuel » (« Retour sur le Paradis » *in RLDI*, n° 48, 2009).

[819] CA Paris, 28 juin 2006, n° 05/24222, nous soulignons.

[820] P. Gaudrat « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur... Observations sur Civil 1ère, 13 novembre 2008 » *in RIDA*, n° 220, 2004, p. 93.

doit être recherchée dans l'idée (ou du moins dans la combinaison de ces éléments matériels et de l'idée)[821]. Cependant, il est constant, dans la jurisprudence relative à l'art appliqué, qu'une combinaison d'éléments connus (et donc non protégés individuellement) peut être protégée[822]. Ainsi, il découle de nombreuses décisions, rendues principalement dans le domaine de la création de mode, que l'agencement d'éléments banals peut être protégé, à partir du moment où la combinaison elle-même révèle un processus créatif propre à rendre l'ensemble original[823]. Dans ces décisions, la juridiction prend en compte la forme globale de l'œuvre d'art appliqué, qui résulte de la combinaison des éléments qui la composent, et non chacun de ces éléments pris individuellement. Il n'y aurait aucune raison d'appliquer un standard plus élevé à cette œuvre d'art contemporain[824]. L'œuvre *Paradis* est inscrite dans son environnement – ou bien plutôt l'environnement fait partie de l'œuvre. Effectivement, un seul des éléments parmi le mot apposé ou l'environnement ne semble pas devoir être protégé mais leur combinaison, qui donne à l'œuvre un aspect esthétique particulier, peut l'être[825]. Ainsi la forme de l'œuvre est constituée

---

[821] V. J. Cabay, « "Ce sont les regardeurs qui font les tableaux" - La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur » *in* B. Demarsin et A. Puttemans (dir.), *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Larcier, 2013, p. 65 et D. Galan, « L'accueil de l'œuvre "Paradis" dans le cénacle du droit d'auteur ou l'enfer de "La nouvelle Ève" » *in RLDI*, n° 45, 2009.

[822] V. parmi d'autres : Cass. civ. 1ère, 30 avr. 1970, n° 68-13.087, qui confirme une décision d'appel ayant « déclaré à bon droit "que l'originalité peut être engendrée par l'assemblage d'éléments connus" » ; Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-21.268, affirmant qu'« une combinaison de formes, de couleurs et textures, en elles-mêmes banales, peut être protégeable à condition qu'elle confère à l'objet, pris dans son ensemble, une physionomie propre, qui ne soit pas exclusivement dictée par sa fonction » .

[823] V. notamment les décisions suivantes :

CA Paris 28 mars 2001, réf. INPI D20010055, qui affirme concernant un modèle de chaussures que ce dernier « même s'il reprend des éléments pour la plupart connus […] doit être appréciée dans la combinaison des éléments qui a été adoptée ; que cette combinaison […] résulte bien d'un processus créatif qui traduit le parti pris esthétique du créateur » et qu'ainsi la création « porte bien l'empreinte de la personnalité de son auteur et constitue en conséquence une œuvre de l'esprit protégeable à ce titre par le droit d'auteur » ;

CA Paris, 26 nov. 2003, réf. INPI D20030170, affirme, toujours à propos d'un modèle de chaussures que « si les éléments qui la composent sont, pour la plupart connus, la combinaison précitée qui caractérise le modèle est inédite et traduit un parti pris esthétique résultant d'un processus créatif qui porte l'empreinte de la personnalité de son auteur ; que le modèle revêtant ainsi un caractère original est donc également protégeable par le droit d'auteur » ;

CA Paris, 21 mai 2008, n° 07/3611, déclarant à propos de pièces de lingerie que « si certains des éléments des modèles en cause appartiennent au fond commun de la lingerie » ceux-ci possédaient « une physionomie propre qui traduit un parti pris esthétique qui porte l'empreinte de la personnalité de son auteur » ;

CA Paris, 10 déc. 2008, réf. INPI D20080158, qui décide à propos d'un modèle de sac que « si certains des éléments qui composent le modèles de sac à mains revendiqué sont effectivement connus et que pris séparément ils appartiennent au fonds commun de l'univers de la maroquinerie, en revanche leur combinaison, dès lors que l'appréciation portée par la Cour doit s'effectuer de manière globale, en fonction de l'aspect d'ensemble produit par l'agencement des différents éléments propres à ce modèle et non par l'examen de chacun d'eux pris individuellement, confère au sac litigieux une physionomie propre […] qui traduit un effort créatif et un parti pris esthétique portant l'empreinte de la personnalité de son auteur ».

[824] Le principe est d'ailleurs rappelé à propos de la possibilité de protéger une œuvre d'art consistant en des modifications corporelles par implants par TGI Paris, 7 juill. 2016, n° 13/12836.

[825] En ce sens : I. Cherpillod, *op.cit.* n° 218.

de la combinaison de ces éléments formels – quand bien même chacun de ces éléments ne serait pas protégeable en soi – sans qu'un recours à l'idée sous-jacente ne nous paraisse nécessaire.

Certaines œuvres d'art corporel sont elles aussi composées de différents éléments qui ne seraient certainement pas protégés individuellement (gestes qui peuvent aussi banals que la simple marche à pied, paroles de la vie quotidienne, etc.). C'est l'inclusion de ces éléments dans un contexte et un environnement particulier et la combinaison des actions de l'artiste et des conditions dans lesquelles ces actions sont présentées au public qui peut faire la valeur artistique d'une performance aussi bien que, selon nous, sa forme protégeable par le droit d'auteur.

Les décisions précitées montrent que le droit d'auteur est à même d'appréhender des créations d'art contemporain, même lorsque celle-ci sont en partie fondées sur un concept immatériel, sans avoir à modifier ses principes fondamentaux[826]. Toutefois cela nécessite que la création contemporaine soit matérialisée – ce qui exclut certainement de la protection les œuvres les plus immatérielles[827] – et qu'elle ne soit protégée que dans les limites de sa dimension perceptible à tous. Il nous semble ainsi que, dans ces décisions, l'idée ou le concept reste exclu de la protection du droit d'auteur, alors même que ce concept ferait, pour la critique, la valeur artistique de l'œuvre. C'est en effet la seule dimension formelle de l'œuvre (mais élargie à un certain contexte de présentation, lui aussi descriptible en termes de forme) qui est prise en compte par les juridictions.

C. Les incertitudes sur la portée de la protection des œuvres immatérielles

Dans ces décisions, des reproductions exactes des œuvres protégées (par le biais de l'exploitation d'une photographie de l'œuvre même) ont été considérées contrefaisantes. Or,

---

826 En tout cas en ce qui concerne l'exigence d'une manifestation formelle, nous verrons *infra* ce qu'il en est de l'originalité.

Dans le sens d'une adaptabilité du droit d'auteur à l'art contemporain, v. par exemple les commentaires précités de N. Warlavens et E. Treppoz. F. Pollaud-Dulian, *op.cit.*, remarque dans le même sens : « Finalement, malgré ce que l'on avait pu craindre, l'art conceptuel (qui commence à dater [Les premiers "ready made" de Duchamp datent de 1914, "Fountain" de 1917 !]) ne révolutionne pas le droit d'auteur, ne parvenant pas plus à démoder le critère d'originalité que la notion d'œuvre : ni le genre ni le concept ne seront protégés pour eux-mêmes mais seulement les éléments de forme qui les expriment ou les manifestent. »

Contra v. en particulier B. Edelman, *op.cit.*

827 Ce qui serait sans doute le cas d'œuvres très immatérielles de Klein comme les *Zones de sensibilités picturales immatérielles*. Toutefois cela n'empêche pas la protection de traces de ces œuvres, par exemple ici des photographies documentant la cérémonie au cours de laquelle l'acquéreur de l'œuvre brûlait son reçu.

comme le relève Pierre Sirinelli, la portée de la protection d'œuvres d'art dans lesquelles l'idée est prééminente peut sembler quelque peu incertaine[828]. Ainsi, si nous avons établi que l'exigence d'un certain degré de formalisation constitue une condition préalable à la protection, il s'agit alors de déterminer si toute l'œuvre, y compris son intention sous-jacente, est protégée. Autrement dit, en reprenant les termes d'Alain Strowel, « le principe qui enseigne que les idées sont de "libre parcours" laisse toute entière la question de savoir si les idées contenues dans une œuvre concrète sont protégeables ou non »[829]. Au-delà de la reproduction servile de l'œuvre, serait-il possible de reprendre le concept sur lequel cette œuvre repose sans forcément en reproduire la forme[830] ?

Selon nous, seule la forme doit être prise en compte. En effet, seule une réalisation concrète précise de l'œuvre peut être protégée par le droit d'auteur – ce qui est confirmé par la décision refusant de protéger des empaquetages reprenant le style propre à Christo[831]. En conséquence, selon les termes de Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, « si le droit d'auteur appréhende la forme et seulement la forme, la comparaison ne pourra porter que sur celle-ci »[832], à l'exclusion donc du concept ou du message sous-jacent. En effet, le concept qui sous-tend une œuvre d'art contemporain, à l'instar du thème ou du style d'une peinture plus traditionnelle, n'a pas à être protégé parce qu'il ne s'agit pas de l'objet du droit d'auteur.

Cette analyse ne semble pas partagée par tous les auteurs. Ainsi, certains estiment que, pour des œuvres d'art contemporain, ce serait la combinaison de l'idée et de la forme qui devrait être prise en compte par le droit d'auteur. Cela résulterait en une restriction de la portée de la protection des œuvres concernées puisqu'alors seule une reprise et de leur forme et de leur concept constituerait une contrefaçon. Par exemple, des commentateurs estiment que l'affaire Paradis n'aurait pas dû donner lieu à une condamnation de la photographe puisque, si elle avait bien repris le visuel de Jakob Gautel, elle en avait détourné le propos. Tandis que *Paradis*,

---

[828] P. Sirinelli, « Propriété littéraire et artistique (novembre 2005 - août 2006) » *in D.* 2006 p. 2991.

[829] A. Strowel, « L'œuvre selon le droit d'auteur » *in Droit,* vol. 18, 1993, p. 82.

[830] P. Sirinelli, *op cit.,* exprime parfaitement la question : « Si la frontière entre la forme et l'idée est délicate à tracer, le malaise rencontré dans l'amont se retrouvera dans l'aval. La protection d'une œuvre d'art conceptuel, admise au rang d'œuvre de l'esprit, peut permettre une lutte contre la copie servile ou quasi-servile : sa photographie et la reprise de son titre. Mais qu'adviendra-t-il dans les hypothèses où l'emprunt litigieux concernera davantage le concept ou le sens dont est investie l'œuvre ? Là gît peut être l'apport personnel du premier créateur mais là ne réside peut-être pas l'objet de la protection du droit d'auteur. Au rebours, quid d'une nouvelle création qui reprendrait les mêmes éléments formels (le fronton, en l'espèce ainsi qu'une inscription au-dessus d'une porte) mais assortis d'un autre titre qui en transformerait totalement la signification ? »

[831] TGI Paris, 26 mai 1987.

[832] M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op.cit.*, n° 1063.

l'œuvre originelle, faisait référence à l'environnement de l'hôpital psychiatrique et dénonçait cette institution, ce n'était pas le cas de la photographie de Bettina Rheims. Faisant écho à un argument avancé en appel par le photographe, il serait ainsi possible de considérer qu'il n'y a alors pas de contrefaçon puisque l'intention de l'œuvre n'a pas été reprise[833]. Cela conduirait à juger non contrefaisante toute reprise qui ne serait pas intellectuellement dans la « lignée » de l'œuvre première.

Un raisonnement similaire peut effectivement être observé dans une décision du tribunal de grande instance de Paris concernant une œuvre d'art corporel[834]. Cette décision concerne une affaire opposant l'artiste Orlan à la chanteuse américain Lady Gaga. La première considérait notamment que l'une de ses performances, réalisée en 1996 et intitulée *Femme avec tête,* avait été reproduite dans un clip musical de la seconde. Dans *Femme avec tête*, la tête d'Orlan avec des cheveux blonds coupés au carré apparaissait posée sur une table comme décapitée tandis que l'artiste lisait divers textes ayant inspirés son travail[835]. Le clip de Lady Gaga montrait quant à lui la tête – qui n'apparaissait pas décapitée – de la chanteuse « de face avec une perruque de cheveux blonds coupés au carré et une frange mais posée sur un immense plan en plexiglas en compagnie d'autres têtes »[836]. Le tribunal ne retint pas la contrefaçon en relevant, de façon classique, que les deux œuvres ne partageaient pas suffisamment de ressemblances.

Toutefois, la décision accorde également une importance particulière aux intentions respectives des deux artistes. Ainsi, elle souligne que l'œuvre d'Orlan était « une installation où tous les éléments sont pertinents car ils participent tous de l'intention de l'auteur qui en matière d'art conceptuel sous-tend l'intégralité de l'œuvre ». Au-delà du caractère quelque peu inadéquat de cette affirmation, *Femme avec tête* n'étant ni vraiment une installation[837] ni une œuvre relevant du courant de l'art conceptuel[838], le tribunal semble considérer qu'une œuvre d'art

---

[833] V. D. Galan, « L'accueil de l'œuvre "Paradis" dans le cénacle du droit d'auteur ou l'enfer de "La nouvelle Ève" » *in RLDI*, n° 45, 2009 : « En l'espèce, il s'est agi pour ledit artiste de qualifier de « Paradis » un lieu symbolisant les souffrances et donc l'enfer des patients y ayant séjourné. Déplacée de son contexte environnemental originel, il ne s'agit plus de la même œuvre. Peut-être même n'y a-t-il plus œuvre... »

[834] TGI Paris, 7 juill. 2016, n° 13/12836. La décision a fait l'objet d'un appel (CA Paris, 15 mai 2018, n° 16/1747) mais ce dernier portait uniquement sur les questions de parasitisme qui ne nous intéressent pas ici.

[835] Pour en savoir davantage sur le dispositif de cette performance, v. Orlan, « Surtout pas sage comme une image… » *in Quasimodo*, n° 5, 1998, p. 99-100.

[836] Selon la description qu'en donne la décision précitée.

[837] La présence de l'artiste elle-même dans le dispositif et le caractère éphémère de ce dernier rapproche plutôt l'œuvre du genre de la performance.

[838] Orlan se revendique de son propre courant, l'art charnel. Son œuvre peut en tout cas peut être rattachée à l'art corporel ou à l'art de performance, mais pas à l'art conceptuel en tant que mouvement de l'histoire de l'art ayant

contemporain ne peut être contrefaite que par une copie servile (ou quasi-servile), reprenant tous les éléments de l'œuvre originelle et notamment son intention. En l'espèce, il n'y aurait pas eu de contrefaçon puisque, selon le tribunal, « le clip […] raconte la naissance d'une nouvelle race à partir d'une "mère monstre", à savoir [Lady Gaga], sur fond de tolérance (au regard de l'apparence physique, des préférences sexuelles ou religieuses, etc.) alors que l'œuvre de [Orlan] interroge sur la lecture, la place de la femme et de son intellect et le regard posé sur une femme qui lit (caméra) ».

S'il ne nous semble pas que la contrefaçon aurait dû en l'espèce être constituée puisque la ressemblance esthétique entre les deux œuvres était effectivement limitée, nous pouvons nous interroger sur le caractère déterminant que paraît revêtir, pour le tribunal, la différence entre les messages respectifs portés par les réalisations d'Orlan et de Lady Gaga. En effet, contrastant même avec l'affaire *Paradis* dans laquelle l'œuvre protégée avait un impact visuel relativement faible puisqu'il s'agissait essentiellement d'un mot, l'œuvre d'Orlan est très peu « conceptuelle ». Certes, elle est porteuse d'une réflexion sociale sur la figure féminine et peut être analysée sous le prisme des idées qu'elle véhicule, mais elle repose surtout sur un dispositif visuel sophistiqué – un jeu de miroir qui fait paraître la tête de l'artiste comme décapitée – et produisant un effet esthétique saisissant. Ces éléments immédiatement perceptibles nous paraissent amplement suffisants pour permettre au juge de comparer les deux œuvres, sans qu'il soit nécessaire ou pertinent de se référer aux messages exprimés par chacune des artistes[839].

Il nous semble ici qu'une confusion est opérée par la décision entre, d'une part, l'existence d'une forme protégeable, d'autre part, l'originalité qui est une condition de la protection. En effet, il est éventuellement possible de considérer que le message véhiculé par une œuvre participe de son originalité[840]. Ainsi une théorie, que nous discuterons plus loin, avance que l'intention ou la démarche de l'auteur, même si elle ne ressort pas de la seule observation de l'œuvre, doit être prise en compte pour déterminer l'originalité de cette dernière[841]. Toutefois,

émergé dans les années 1960. De plus, il nous semble que le travail d'Orlan ne peut même pas être dit conceptuel en tant qu'il mettrait en valeur une idée ou un concept davantage qu'une forme très distincte.

[839] A. Tricoire, « Orlan contre Lady Gaga : l'intention artistique comme grille de lecture de l'œuvre d'art (enfin !) » *in Le quotidien de l'art*, n° 1124, 2016, souligne également que l'œuvre d'Orlan ne peut pas être considérée comme de l'art conceptuel. L'auteure estime par ailleurs qu'il n'est de toute façon pas nécessaire de « passer par la case "art conceptuel" » puisque toute œuvre procède d'une idée et que, partant, il ne peut y avoir de protection sans idée préalable. Cette réflexion, intéressante, relèvera davantage de notre discussion *infra* p. 280 et s. sur l'originalité de l'œuvre.

[840] *Ibid.*

[841] V. *infra* p. 279.

ici l'intention est intégrée à l'« assiette » considérée par le juge pour décider d'une possible contrefaçon donc assimilée à la forme de l'œuvre. Or ce raisonnement est de nature à réduire, selon nous de façon indue, la protection des œuvres d'art contemporain – ou d'art conceptuel, mais ces deux notions paraissent se recouper largement dans les décisions de justice – et ne devoir s'appliquer qu'à ces dernières œuvres. En effet, le tribunal insiste à plusieurs reprises sur le fait que son raisonnement serait spécifique à l'art conceptuel, déclarant par exemple que « *s'agissant d'art conceptuel* [le message] est essentiel à la compréhension de l'œuvre »[842] pour justifier qu'il soit nécessaire de comparer les intentions des deux artistes.

Aussi, dans une autre affaire récente, le tribunal de grande instance puis la cour d'appel de Paris ont considéré que le fait de reprendre une œuvre en en modifiant radicalement le message ne permettait pas à l'auteur de l'œuvre seconde d'échapper à une condamnation pour contrefaçon[843]. En l'espèce, un cliché du photographe français Jean-François Bauret, qui représentait des enfants nus, avait été adapté par l'artiste contemporain américain Jeff Koons sous forme d'une statue en porcelaine. Assigné pour contrefaçon, l'un des arguments de la défense de Jeff Koons, qui ne contestait pas s'être inspiré la photographie de M. Bauret, consistait à pointer les différences entre les deux réalisations en arguant que les modifications, relativement légères du point de vue esthétique, apportées par l'artiste contemporain s'avéraient en fait très significatives puisqu'elles entraînaient une modification radicale du message porté par l'œuvre. En effet, si la photographie de Jean-François Bauret visait, dans les années 1970, à montrer l'innocence de l'enfance, l'œuvre de Jeff Koons figure au contraire la découverte de la sexualité. Cet argument a été rejeté par les juridictions qui s'en tiennent à une analyse des ressemblances objectives des deux œuvres. Ainsi, la cour d'appel relève que si les différences ajoutées par Jeff Koons avaient « pour effet de donner une signification à la statue différente de celle de la photographie », la contrefaçon n'en était pas moins constituée en l'espèce, dans la mesure où « la différence de message des deux œuvres n'est pas exclusive de la reprise des éléments de l'œuvre première »[844].

Or, il nous semble que l'une des différences notables entre cette affaire et celle opposant Orlan à Lady Gaga réside dans la nature de l'œuvre du demandeur : ici, cette œuvre n'était pas

---

[842] Nous soulignons.

[843] TGI Paris, 9 mars 2017, n° 15/01086 et CA Paris, 17 déc. 2019, n° 152/2019. V. sur la décision de première instance, P. Mouron, « La contrefaçon d'une photographie par une sculpture "transformative" » *in Dalloz IP/IT*, 2017, p. 277-280 ; E. Teppoz, « Retour sur la liberté de création : à propos de l'affaire Koons » *in Juris art etc.*, 2017, n° 46, p. 3.

[844] CA Paris, 17 déc. 2019, n° 152/2019.

« conceptuelle » s'agissant d'une photographie figurative. Cela pourrait expliquer que la décision mette l'accent sur l'aspect esthétique des œuvres en cause en ignorant leur message sous-jacent. Évidemment, la contrefaçon était ici caractérisée par les ressemblances flagrantes entre la photographie d'origine et la sculpture – et la condamnation paraît peu contestable[845]. Malgré cette différence de contexte, la disparité dans le traitement de ces deux cas ne manque pas de susciter des interrogations.

Ainsi, il ne nous paraît pas souhaitable que les œuvres d'art contemporain fassent l'objet d'un traitement particulier ou d'une définition spéciale. Certes, il est possible de considérer que le fait, pour le droit d'auteur, de ne protéger que la forme amène à manquer ce qui fait le véritable intérêt de certaines œuvres : leur concept. Il est vrai que le concept d'une œuvre revêt sans doute une plus grande importance relative lorsque sa forme est moins matérielle – c'est-à-dire lorsque l'accent est n'est pas mis sur l'aspect esthétique de la réalisation finale. En effet, ce qui fait la valeur artistique de l'œuvre échappe sûrement, dans certains cas, au droit d'auteur mais il nous semble que cela est indispensable pour que ce droit conserve un équilibre qui lui permette de protéger une création de forme tout en préservant une libre circulation des styles, manières de faire, etc. D'ailleurs, d'autres mécanismes complémentaires au droit d'auteur peuvent permettre de capter, dans une certaine mesure, la valeur d'un concept, notamment l'interdiction des comportements parasitaires[846].

---

[845] On peut noter que la décision écarte également l'exception de parodie parce que l'œuvre première n'était pas assez connue du grand public pour que l'œuvre de Koons (qui d'ailleurs ne faisait aucune référence à la photographie) puisse en constituer un commentaire ou un détournement. Les juridictions suivent en cela les recommandations du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique sur les œuvres transformatives (d'ailleurs explicitement cité dans le jugement du tribunal). V. V.-L. Benabou, *Rapport sur les œuvres transformatives*, CSPLA, 6 oct. 2014, not. p. 54 et s.

[846] V. par exemple E. Treppoz, « Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain ? » *in RIDA*, n° 204, 2005, p. 69 et s. et N. Walravens, *L'œuvre d'art en droit d'auteur - Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Economica, 2005, p. 403 et s.

Dans la jurisprudence v. not. Cass. civ. 1ère, 9 avril 2015, n° 13-28.768 et CA Paris, 23 septembre 2011, *RLDI*, n° 78, 2012, p. 6, note N. Walravens- Mardarescu.

Plusieurs auteurs regrettent que le recours au parasitisme vienne se substituer au droit d'auteur. Notamment v. E. Treppoz, *op. cit.* ou J. Cabay, « "Ce sont les regardeurs qui font les tableaux" - La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur » *in* B. Demarsin et A. Puttemans (dir.), *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Larcier, 2013, p. 43 qui critique les développements précités de N. Walravens sur le parasitisme. Or, nous constatons que concept artistique a une valeur, notamment économique, et qu'il existe des mécanismes juridiques qui permettent de capter cette valeur – notamment la responsabilité civile. Il nous semble donc qu'il importe peu de savoir si la protection relève ou non du droit d'auteur si *in fine* il est empêché que le travail d'artiste soit indûment repris.

SECTION 2. Le critère d'originalité face à l'effacement de l'auteur

Le droit d'auteur français est de tradition personnaliste. Cela se traduit notamment dans la notion d'originalité, condition de protection des œuvres de l'esprit, qui est classiquement définie comme « l'empreinte de la personnalité de l'auteur »[847] subsistant dans l'œuvre. Cette expression figure le lien continu entre l'auteur et sa production, le fait que la personne de l'auteur réside, toute entière, dans son œuvre.

Cette définition peut s'opposer diamétralement à certaines pratiques de l'art contemporain qui cherchent précisément à faire disparaître la marque d'un auteur particulier sur l'œuvre d'art dans le but de s'opposer à la figure romantique et moderniste de l'artiste[848] et parfois en référence directe aux théories poststructuralistes postulant la « mort de l'auteur »[849]. Ainsi l'art conceptuel montre son indifférence à la réalisation personnelle et au savoir-faire de l'artiste, indifférence atteignant son paroxysme dans l'art appropriationiste[850], tandis que l'art minimal cherche à effacer toute trace émotionnelle de l'œuvre d'art, qui existe alors comme une présence physique vide de tout sens imposé par l'artiste l'ayant créée. Le célèbre artiste français Daniel Buren, proche du courant minimaliste, aspire ainsi à atteindre le « degré zéro » de la peinture[851], soit une peinture simple, neutre et dépersonnalisée. Conscient des implications perturbatrices de cette entreprise sur la notion d'auteur, il déclare : « Étant donné que, dans notre façon de travailler, la projection de l'individu est pratiquement nulle, il n'est pas possible de prétendre que notre travail nous appartient »[852]. Ainsi, la notion d'originalité peut être interrogée par ce penchant de l'art contemporain vers l'impersonnalité voire la banalité des formes produites.

---

[847] V. H. Desbois, *op. cit.*, n° 3 et s.

[848] V. N. Heinich sur l'émergence de la figure l'artiste : *Du peintre à l'artiste*, Editions de Minuit, 1993.

[849] V. R. Barthes, « La mort de l'auteur » (1968) *in Le Bruissement de la langue*, Seuil, 1993, p. 61-67 ; M. Foucault, « Qu'est-ce qu'un auteur ? » (1969) *in Dits et écrits 1954-1988*, tome I, Gallimard, 1994, p. 789-821.

Il est possible de remarquer ici une certaine contradiction de l'art contemporain qui a su, dans une certaine mesure, effacer la marque esthétique de l'auteur dans l'œuvre mais la retrouve souvent dans la signature de l'artiste qui fait alors la valeur de la production. V. à ce propos A. Strowel, « L'œuvre selon le droit d'auteur » *in Droit,* vol. 18, 1993, p. 85 et s. ou B. Edelman, « La création dans l'art contemporain » *in D.*, 2009 p. 38.

[850] Ce courant de l'art contemporain composés par des artistes qui, souvent dans une réflexion sur les notions d'auteur ou d'authenticité, reprennent sciemment le travail d'autres artistes sous forme de copies serviles ou en les assortissant de légères modifications. L'artiste appropriationiste doit, normalement, être conscient d'effectuer une copie et de le revendiquer comme une démarche artistique.

[851] V. par exemple D. Buren, « Inventer un autre terme ? » *in Rue Descartes*, vol. 69, n°. 3, 2010, p. 66-75. L'expression fait référence à l'ouvrage de R Barthes, *Le degré zéro de l 'écriture.*

[852] D. Buren cité dans A. Strowel, *op. cit.,* p. 86.

L'art corporel impose des questions similaires, questions qui sont liées à la mise en retrait de l'artiste lors du processus de création – même si nous verrons que le retrait de l'artiste lors du processus de création a des conséquences différentes de son effacement dans l'œuvre qui en résulte (§1). Ces différentes évolutions de l'art peuvent amener à s'interroger sur de nouvelles façons – peut-être plus adaptées à la création contemporaine – de comprendre le critère d'originalité en droit d'auteur (§2).

Paragraphe 1. L'effacement de l'auteur lors de la création

Certaines particularités, présentes dans les œuvres d'art corporel mais partagées par d'autres œuvres d'art contemporain, peuvent mettre à mal la notion traditionnelle d'originalité en raison d'un effacement de la figure de l'auteur, que l'artiste abdique une partie de sa volonté au profit de processus de création aléatoires (A) ou qu'il renonce tout à fait à intervenir dans la mise en forme de l'œuvre (B).

A. L'intégration d'aléas dans la création de l'œuvre

L'art corporel se caractérise par la présence, dans les actions, d'une part d'aléa. Cela peut s'entendre comme une conséquence, ou du moins comme un corollaire, du fait que les créations d'art corporel ne s'incarnent pas dans un artefact. En effet, l'absence d'objet interdit qu'une création existe dans une forme définitive et fermée, stable dans le temps. Au contraire, une performance repose sur l'expérience – qui n'est jamais totalement prévisible. Les actions que réalise l'artiste sont en général imprévues ou du moins ne sont pas prévues avec précision. Ainsi, on peut trouver dans l'art corporel une parenté avec l'improvisation, notamment l'improvisation théâtrale ou dansée. De plus, l'art corporel repose souvent sur la participation du public qui créée nécessairement un aléa. Même lorsque le public n'est pas directement participant, ses réactions sont parties intégrantes de l'œuvre elle-même, en tant que celle-ci est comprise comme l'expérience de la performance qui inclut son contexte de présentation.

Cette position est assez paradoxale avec le contrôle que l'artiste souhaite garder sur son œuvre qui se révèle par son utilisation de clauses contractuelles très strictes (étudié par J. Ickovicz, *op. cit*, p. 557 et s.) et par son recours au droit moral de l'auteur (ayant donné lieu à l'arrêt Cass. civ. 1ère, 15 mars 2005, n° 03-14.820).

Cette part d'aléa peut être diverse, comme le sont les différentes formes d'expressions de l'art corporel. Certaines performances peuvent ainsi être plus ou moins théâtralisées ou chorégraphiées. Elles peuvent parfois même l'être assez précisément, comme par exemple dans le cas des créations de Tino Sehgal qui ne sont pas écrites ou enregistrées mais peuvent tout de même être de véritables chorégraphies. Cependant, l'art corporel ne se défait pas d'un aspect instantané et aléatoire : c'est ce qui se passe au moment de l'action qui constitue la performance. Ainsi Tino Sehgal créée des « situations ». Il donne des instructions (relativement précises) à des modèles pour leur permettre, dans des situations encadrées, d'interagir avec le public. Par exemple, pour sa pièce *This objective of that object* datant de 2004, cinq modèles entourent un visiteur en lui proposant une discussion puis, selon la réaction du visiteur, démarrent une conversation avec lui ou s'allongent lentement au sol. Les modalités de cette performance ont été préalablement réglées par Tino Sehgal mais chacune de ses occurrences aura un déroulement totalement aléatoire. Ainsi si une même performance est recréée, l'expérience qu'elle offrira pourra être totalement différente, notamment parce que le public peut réagir de différentes manières.

L'art corporel nous pousse donc à nous interroger sur le statut juridique de l'improvisation. Celle-ci est par principe protégeable comme toutes les autres œuvres en raison de l'absence de formalisme en droit d'auteur français. La question de la protection de l'improvisation s'est posée dans la jurisprudence pour l'improvisation musicale, et notamment pour le jazz[853]. Or les juges reconnaissent une interprétation musicale improvisée – lorsqu'elle est fixée par un enregistrement – comme une œuvre originale, dérivée d'un standard préexistant. Ainsi il n'est pas nécessaire, pour qu'une œuvre soit considérée comme originale, qu'elle ait fait l'objet d'une longue préparation ou d'une organisation préalable précise. La protection n'est donc pas fonction du travail fourni en amont ; elle est possible à partir du moment où le résultat porte suffisamment l'empreinte de la personnalité de son auteur – qui sera alors la même personne que l'artiste-interprète.

Il est possible de relever toutefois une spécificité de l'aléa dans l'art corporel, qui le distingue de la simple improvisation. En effet, l'improvisation découle sur le moment de la volonté de l'artiste, tandis que la part d'aléatoire de la performance relève davantage du pur hasard ou

[853] Bien que cet arrêt ne concerne pas de la musique jazz mais tzigane, nous pouvons évoquer l'arrêt Manitas de Plata (Cass. civ. 1ère, 1 juillet 1970, n° 68-14.189), le plus souvent cité pour parler d'une reconnaissance par la jurisprudence de l'improvisation. Voir aussi Cass. crim., 13 décembre 1995, n° 94-82.512, et Cass. civ. 1ère, 4 octobre 1988, n° 86-19.272.

d'éléments qui ne dépendent pas de la volonté de l'artiste, les réactions du public par exemple. En cela, l'art corporel peut être similaire à d'autres œuvres d'art contemporain qui laissent une partie, parfois importante, de la création au hasard : de Jackson Pollock dont les projections de peinture sur une toile sont en partie incontrôlées à François Morellet dont les *Répartitions aléatoires* réalisées à partir des années 1950 sont des tableaux dont la composition est décidée à partir de chiffres tirés au hasard et selon une règle de calcul prévue à l'avance[854].

Or, une œuvre produite de façon totalement aléatoire ne pourrait pas être protégée par le droit d'auteur faute d'originalité, puisque cette dernière notion suppose une certaine maîtrise de la création ou « conscience du résultat » de la part de l'auteur[855]. En effet, l'absence totale de contrôle sur la forme de la création exclut la protection[856], mais un certain degré d'intervention de la volonté de l'auteur paraît suffire. Ainsi, « tout est question de mesure »[857]. Le résultat d'un processus de création préalablement décidé par l'artiste, même si celui-ci fait ensuite intervenir le hasard, pourrait être protégé[858].

En cela, la part aléatoire de l'œuvre corporelle serait, dans la plupart des cas, protégeable par le droit d'auteur, parce que l'artiste reste à l'origine de cet aléa et le provoque volontairement par ses actions. Toutefois, il existe des situations dans lesquelles l'artiste perd totalement le contrôle du déroulement de son action, en particulier s'il perd le contrôle de son corps. Ainsi, l'évanouissement de Marina Abramovic par manque d'oxygène dans *Rythm 5* ne peut être considéré comme faisant partie d'une œuvre de l'esprit puisqu'il constitue un événement inattendu et totalement indépendant de sa volonté. Il reste à se demander ce qu'il adviendrait d'un évanouissement sciemment recherché et prévu par un artiste d'art corporel. Effectivement, les fonctions et réactions corporelles plus ou moins incontrôlées sont exploitées à dessein non seulement par l'art de performance mais aussi dans le domaine normalement davantage codifié de la danse contemporaine[859]. Ainsi si ces réactions physiologiques ne sont pas protégeables,

---

[854] Ces deux exemples sont cités, parmi d'autres, par N. Walravens, *op. cit.,* p. 166 et s.

[855] L'expression est de A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit*., n°57.

[856] Ainsi ne sont pas protégés les jeux sportifs (CJUE, 4 oct. 2011, n° C-403/08 et C-429/08) ou les photographies prises sur le vif par des *paparazzis* (CA Paris, 5 déc. 2007, Sipa Press c. Eliot Press et Prisma Press).

[857] A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit,* n° 58.

[858] On peut ainsi penser que peu d'œuvres seraient en fait totalement exclues de la protection sur ce critère. Ainsi, V. D. Riout, *op.cit*., p. 307 : « L'artiste conserve toujours un rôle déterminant : il prend ou non des dispositions susceptibles de laisser le hasard se manifester, il accepte ou rejette les résultats obtenus, il assume sa responsabilité en les signant de son nom ».

[859] Chez les chorégraphes Jérôme Bel ou Marie Chouinard par exemple.

en revanche le processus qui aurait mené volontairement à cette perte de contrôle peut peut-être être original.

D'autre part, même si l'aléatoire pourrait être protégé, il le serait toujours du point de vue des actions de l'artiste. Il paraît illusoire de protéger comme œuvre de l'esprit les réactions – voire l'expérience – du public, puisqu'elles ne découlent en rien de la volonté de l'artiste : quand bien même certain de ses dispositifs seraient faits pour provoquer l'émotion, le choc ou même pour pousser à l'intervention, chaque spectateur reste maître de sa propre réaction. Or, enlever cette part d'aléatoire revient, pour le droit d'auteur, à ne pas saisir l'œuvre dans sa dimension d'expérience[860].

B. Le retrait de la main de l'artiste

Une seconde question qui peut se heurter aux pratiques de l'art corporel serait celle de la réalisation personnelle de l'œuvre. En effet, puisque l'art contemporain revendique souvent d'interroger la figure de l'artiste en niant son savoir-faire spécifique et en lui retirant tout rôle dans la fabrication matérielle de l'œuvre, nous pouvons nous demander dans quelle mesure l'art corporel reprend ces principes. Ainsi, lorsque le corps n'est pas modifié, l'œuvre d'art corporel peut être comparée aux *ready-made* de l'art conceptuel (1). Lorsqu'il est (même temporairement) modifié au contraire, il se présente comme un matériau organique, à l'exemple des matériaux naturels de l'*arte povera* (2).

1. Le corps comme *ready-made*

Une œuvre d'art corporel pourrait être considérée, selon l'expression de Bernard Edelman, comme une sorte de « *ready-made* vivant »[861] puisque l'artiste n'a évidemment pas créé – ni même choisi – son corps. En l'absence de modifications corporelles, l'artiste de performance montre son corps au public dans un état brut, comme il montrerait un *ready-made.* En ce sens, la protection de l'art corporel pourrait être incertaine.

---

[860] Nous verrons, dans la section suivante, que cela n'empêche pas l'œuvre de pouvoir être exploitée.

[861] B. Edelman, « La création dans l'art contemporain », in *D.* 2009, p. 38 : « Il est une sorte de ready-made vivant : on se désigne comme œuvre, tout comme Duchamp désignait un porte-bouteilles ou une broyeuse de chocolat, Warhol une boîte Brillo, Jeff Koons les trois shampouineuses Hoover Deluxe, sous plexiglas et lumières phosphorescentes. »

En effet, une partie de la doctrine tend à considérer que l'originalité passe par une réalisation matérielle de l'œuvre – ce qui manquerait au corps humain. Ce serait la main de l'artiste qui, informant la matière, la marquerait de l'empreinte de sa personnalité. À cet égard, l'expression de Desbois reste la plus marquante : pour pouvoir se revendiquer auteur d'une œuvre, l'artiste doit avoir « mis la main à la pâte »[862]. Pour cet auteur, dans le domaine des arts plastiques, la réalisation manuelle suffit, même sans apport intellectuel, à conférer à une œuvre l'empreinte de la personnalité de son auteur. Ainsi par exemple, la copie d'une œuvre d'art préexistante, par définition servile, est forcément originale dès lors qu'elle est « issue de la main » de son auteur car ce dernier a, par ce simple geste, manifesté sa personnalité[863]. Cette conception subsiste, dans une certaine mesure, dans la jurisprudence qui considère effectivement le critère de la réalisation matérielle comme un élément important de l'originalité[864].

Cependant, ce critère de réalisation manuelle, s'il est largement pris en compte, ne suffit pas à établir l'originalité. Ainsi, la personne qui a laissé l'empreinte de sa personnalité dans l'œuvre n'est pas forcément celle qui a effectivement réalisé cette dernière. Bernard Edelman remarque que la jurisprudence reconnaît une certaine prééminence à la maîtrise intellectuelle de l'œuvre – que l'auteur qualifie de « pouvoir »[865]. Ainsi dans un certain nombre de décisions, le statut d'auteur est accordé à la personne disposant du pouvoir sur la création de l'œuvre au détriment de ceux qui la réalisent effectivement mais qui, subordonnés au premier, « apparaissent comme de modestes transcripteurs »[866]. Il faut également citer le célèbre arrêt Guino qui qualifie d'œuvres de collaboration les sculptures réalisées sous les instructions de Renoir par son élève

---

862 H. Desbois, *op. cit.,* n° 59.

863 *Ibid*., n° 60.

Cette position est aujourd'hui contestée. Il semblerait en effet qu'une copie purement servile ne peut être considérée comme originale. V. par exemple A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit* ., n° 135 ou encore M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit*., n° 288.

864 Ainsi, la Cour de cassation a pu estimer que des copies d'œuvres d'art pouvaient effectivement porter l'empreinte de la personnalité de leur auteur si elles sont réalisées de sa main : Cass. civ 1ère. 9 novembre 1993, n° 91-17.061 et Cass. civ. 1ère, 5 mai 1998, n° 96-17.184.

Il peut être intéressant de relever que même lorsque les œuvres concernées sont des créations contemporaines, certaines décisions peuvent tenter de les rattacher à ce critère de la réalisation personnelle de l'artiste. Par exemple, la Cour d'appel dans l'arrêt Paradis (CA Paris, 28 juin 2006, n° 05/24222) qui a tenu à noter que le mot Paradis avait été apposé de la main de l'artiste, en faisant semble-t-il, un élément en faveur de l'originalité de l'œuvre alors même que la réalisation manuelle en l'espèce était assez minime et n'impliquait aucun savoir-faire particulier.

Sur le rapport entre exécution manuelle et authenticité v. les arrêts Spoerri (Cass. civ. 1ère, 15 novembre 2005, n° 03-20.597) et Dunand (Cass. civ 1ère, 13 oct. 1993, n° 91-14.037, à propos de l'originalité au sens du droit de suites).

865 B. Edelman, « La main et l'esprit » *in D.* 1980, chron. VII, p. 43.

866 *Ibid*., p. 45.

L'auteur cite notamment les décisions concernant l'opéra *Prince Igor* (Cass. civ. 1ère, 14 novembre 1973, n° 71-14.709) et le ballet *Le jeune homme et la mort* (Trib. civ. Seine, 2 juillet 1958, *JCP* 1958 II, p. 10762).

Guino[867]. Cette décision constitue un cas d'« union de la main et de l'esprit »[868]. En effet, Guino et Renoir furent considérés comme coauteurs de ces sculptures dans la mesure où, si Renoir avait la maîtrise du processus de création globale, Guino ne se contentait pas d'être un exécutant passif et disposait d'une certaine liberté quant à la mise en œuvre des consignes reçues de son maître. Il n'est donc pas nécessaire d'avoir participé directement à la fabrication de l'œuvre pour pouvoir être considéré comme y ayant apposé l'empreinte de sa personnalité, un apport créatif intellectuel peut s'avérer suffisant.

Cet apport intellectuel doit toutefois être substantiel. Il semblerait que l'auteur doive posséder une certaine maîtrise de la création, par exemple en donnant des instructions quant au résultat qu'il souhaiterait obtenir. En revanche, si l'apport créatif fourni n'est pas assez précis – s'il se résume par exemple à une idée de thème ou de procédé – il ne suffira pas à caractériser un auteur. En effet, comme dans le cas de l'œuvre produite de façon aléatoire, une personne qui n'aurait pas de maîtrise sur la forme finalement réalisée ne peut infuser ladite forme de l'empreinte de sa personnalité. C'est ce qu'illustre l'affaire Vasarely dans laquelle le plasticien Victor Vasarely avait revendiqué un droit d'auteur sur deux tableaux réalisés par son assistant[869]. Pour l'un des tableaux, Vasarely s'était contenté de donner le sujet mais n'avait pas contrôlé l'exécution du tableau final et ne pouvait donc être considéré comme un auteur. En revanche, l'autre tableau, bien que réalisé par l'assistant, avait été corrigé et approuvé par Vasarely avant d'être diffusé ce qui le marquait de l'empreinte de la personnalité de ce dernier et en faisait une œuvre de collaboration.

Ainsi, il n'y aurait probablement aucun problème à ce que les artistes d'art contemporain qui font réaliser leurs œuvres par d'autres soient reconnus comme des auteurs ayant infusé leur œuvre de l'empreinte de leur personnalité, dans la mesure où ces artistes contrôleraient le processus de création et en maîtriseraient le résultat. En revanche, cette acception de l'originalité ne permettrait pas de protéger les *ready-made*[870]. En effet, l'artiste n'a alors aucune

---

[867] Cass. civ. 1ère, 13 novembre 1973, n° 71-14.469.

[868] B. Edelman, *op. cit.*, p. 45

[869] TGI Paris, 21 janv. 1983, *D.* 1984, p. 286, note Colombet.

[870] En ce sens, voir par exemple sur l'absence de protection faute d'empreinte de la personnalité : B. Edelman, « La création dans l'art contemporain », in *D.* 2009, p. 38 et « L'erreur sur la substance ou l'œuvre mise à nu par les artistes mêmes ! » *in D.* 2003 ; P. Gaudrat « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur... Observations sur Civil 1ère, 13 novembre 2008 » *in RIDA*, n° 220, 2004. Dans une perspective légèrement différente : A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.,* n° 53 et I. Cherpillod, *op.cit.* n° 218. Selon ces derniers auteurs, il ne peut y avoir de protection pour un seul objet ; en revanche la conjonction, organisée par l'auteur, de plusieurs objets préexistants pourrait être protégée.

part, ni manuelle ni intellectuelle, dans la mise en forme de l'objet présenté comme *ready-made* mais se contente de le choisir *a posteriori* pour le déclarer comme son œuvre. Aucune trace de sa personne n'a pu passer dans l'objet qui, partant, ne peut être original[871].

Cependant, il ne nous semble pas que le corps de l'artiste de performance puisse être analysé comme un objet utilisé en *ready-made*. En effet, le corps ne peut être comparé à un objet inanimé puisqu'il ne peut être détaché de la personne qu'il « abrite ». Même lorsque ce corps est présenté à la manière d'un objet, cette présentation joue sur l'ambiguïté de la position de l'œuvre d'art corporel, entre objet et sujet – cette ambiguïté se trouve d'ailleurs au cœur des réflexions portées par ce mouvement artistique[872]. Ainsi, une différence fondamentale qui distingue l'art corporel d'autres courants de l'art contemporain nous semble devoir être mise en exergue. Selon l'expression de l'historien de l'art Denys Riout, à partir des années 1960, des mouvements artistiques tels que le minimalisme et l'art conceptuel « rompent la chaîne causale qui reliait le corps du créateur à son œuvre »[873]. Ces mouvements, notamment en évitant la réalisation manuelle, effacent la trace du corps de l'artiste dans l'œuvre, ce qui n'est évidemment pas le cas de l'art corporel. Au contraire, il faudrait considérer que jamais l'artiste n'« apporte son corps »[874] plus littéralement que dans l'art corporel[875]. En cela, il est possible de considérer que le corps n'a pas besoin d'avoir été informé par la main de l'artiste pour être

---

A défaut de l'objet lui-même, la mise en scène d'un *ready-made* pourrait être protégée. V. I, Cherpillod, *op. cit,* n° 218, P. Gaudrat, *op. cit.,* p. 211, A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.,* n° 53.

871 Sur l'idée du choix révélant la personnalité, v. E. Treppoz, « Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain ? » *in RIDA*, n° 204, 2005, p. 97 : « La présence de la personnalité de Duchamp est indéniable dans ces Readymade, indépendamment de l'opinion que chacun peut avoir sur cette création artistique. C'est cette présence qui appelle la protection par le droit d'auteur. »

Nous ne pouvons souscrire à cette opinion. D'une part, la personnalité de Duchamp n'est clairement pas présente dans l'urinoir en tant que tel (l'objet lui-même). C'est un objet produit en série, qui n'a rien de personnel à Duchamp et qui d'ailleurs a été choisi pour son caractère générique. D'autre part, savoir si le choix révèle la personnalité ne nous paraît pas être une question appropriée dans la mesure où l'empreinte de la personnalité devrait pouvoir se retrouver dans la forme de l'œuvre, et pas seulement la démarche qui sous-tend son choix. Il nous semble donc que sous cette acception classique d'originalité définie comme empreinte de la personnalité de l'auteur, le *ready-made* ne peut être considéré original – mais ceci n'empêche évidemment pas de remettre en cause la pertinence de cette acception de l'originalité.

872 V. *infra* p. 379.

873 D. Riout, *op.cit*., p. 467.

874 Cette expression célèbre provient de Valéry. Elle est citée par M. Merleau-Ponty, *L'Œil et l'Esprit*, Gallimard, 2003, p. 16.

875 D'ailleurs, cette réflexion sur ce l'auteur met « corporellement » dans son œuvre, jusqu'à l'absurde par Piero Manzoni qui propose une réflexion satirique sur l'apport de l'artiste dans l'œuvre. Il donne littéralement de sa personne pour réaliser *Souffle d'artiste* en 1960, des ballons de baudruche gonflés par son souffle, puis *Merde d'artiste* en 1961, des boîtes de conserve remplies de ses excréments. Avec ces œuvres, Manzoni implique que puisque l'art puisque est produit par le corps de l'artiste, tout ce qui vient du corps de l'artiste peut être de l'art – et les collectionneurs qui ont effectivement acquis ces œuvres semblent lui donner raison.

le réceptacle de sa personnalité. L'œuvre d'art constituée du corps de l'artiste est automatiquement propre à son auteur[876].

2. Le corps, matériau organique

L'art corporel part d'une matière organique, le corps humain. Ce dernier n'a évidemment pas été « fabriqué » et pourrait donc être rapproché des éléments naturels. Cette analogie entre la nature et le corps (féminin) est avancée par Bernard Edelman, qui note que, dans les deux cas, l'œuvre est le produit de la nature « médiatisée par une opération artistique »[877]. Ainsi, l'artiste peut soit modifier directement le donné naturel pour en faire une œuvre d'art – dans le cas du corps féminin, « par des opérations de maquillage, de tatouage, de scarification »[878] et dans le cas de la nature par des pratiques telles que le *land art* – soit le représenter en le prenant pour modèle – ce qui engendre les genres picturaux du nu pour le corps féminin et du paysage pour la nature.

La différence entre un matériau brut et une œuvre repose effectivement dans l'existence d'une opération artistique, puisqu'il ne peut y avoir d'œuvre protégée sans intervention humaine. Les éléments naturels, même lorsqu'ils sont présentés comme des œuvres d'art, ne peuvent être considérés comme originaux puisqu'ils n'ont pas été créés par un auteur et ne portent pas l'empreinte de la personnalité d'une personne particulière. En revanche, une combinaison, un agencement de matières naturelles peut être original. C'est ainsi que les jardins peuvent être des œuvres de l'esprit[879]. Dans le domaine de l'art contemporain, la protection de certaines œuvres de l'*arte povera* – qui utilisent des matériaux naturels bruts et récupérés afin de se détacher de l'idée selon laquelle les œuvres d'art doivent être faites de matières nobles – peut se poser. Le même principe peut être appliqué ici : si le matériau naturel n'est pas protégeable en lui-même, l'intervention de l'artiste sur celui-ci « fut-elle ténue » est bien susceptible d'être protégée[880].

---

[876] En ce sens, B. Edelman, « La création dans l'art contemporain » *in D.*, 2009, p. 38 : « Ce corps peut alors devenir une œuvre d'art - par hypothèse originale puisque c'est la personnalité même qui est mise en forme ».

[877] B. Edelman, « L'œil du droit : Nature et droit d'auteur » *in* B. Edelman, *Le droit saisi par la photographie*, Flammarion, 2001, p. 191.

Il est ici caractéristique que Bernard Edelman, ayant sans doute à l'esprit des exemples d'art classique, évoque le corps féminin comme une matière première que l'artiste s'approprie, qu'il transforme en œuvre. C'est précisément en réaction au rôle dévolu aux femmes dans l'art, celui de muse ou de modèle, que se construit une grande partie de l'art corporel, courant artistique investi par des femmes qui utilisent leur propre corps pour devenir elles-mêmes artistes.

[878] *Ibid.*

[879] V. F. Perbost, « Le jardin saisi par le droit d'auteur » *in D.* 2002, p. 3257.

[880] V. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op.cit.*, n° 116.

L'art corporel ne répond pas à d'autres règles. Le corps modifié n'est plus un *ready-made* mais un matériau naturel que l'artiste aurait modifié, informé à sa guise. Ainsi le tribunal de grande instance de Paris a pu statuer sur le caractère protégeable d'implants sous-cutanés à l'occasion de l'affaire ayant opposé Orlan et Lady Gaga[881]. Il a alors rappelé qu'« une combinaison d'éléments connus ou naturels n'est pas *a priori* exclue de la protection du droit d'auteur » – même si en l'espèce la protection réclamée par Orlan ne lui fut pas accordée parce que l'œuvre que celle-ci revendiquait n'était pas suffisamment caractérisée[882].

Le corps peut en effet être le support de formes esthétiques temporaires comme la coiffure ou le maquillage. Ces formes peuvent *a priori* être saisies par le droit d'auteur de la même façon que les autres, le fait qu'elles s'appuient sur le support inhabituel qu'est le corps humain n'implique aucun traitement particulier. La protection d'une coiffure par exemple, ne paraît poser aucune difficulté en droit français[883], bien qu'il s'agisse « d'œuvres éphémères et évolutive au support humain bien particulier »[884].

La question se pose avec davantage d'acuité dans les pays dont le droit contient une obligation de fixation[885]. La protection par le droit d'auteur ou, plus souvent, le *copyright* ne peut alors être accordée qu'à des œuvres qui sont fixées sur un support matériel et relativement durable. Or, si le support corporel est bien tangible, il peut ne pas être considéré comme assez stable ou durable lorsqu'il sert de support à des modifications temporaires. Ainsi Ysolde Gendreau mentionne que cette exigence de fixation favorise les œuvres d'art traditionnelles et qu'une

---

[881] TGI Paris, 7 juill. 2016, n° 13/12836.

[882] Ainsi, selon les termes de la décision, si une combinaison d'éléments naturels est protégeable, « encore faut-il que la description qui en est faite soit suffisamment précise pour limiter le monopole demandé à une combinaison déterminée opposable à tous sans l'étendre à un genre insusceptible d'appropriation », ce qui n'avait pas été fait en l'espèce.

[883] CA Aix-en-Provence, 2e ch., 11 juin 1987, Mod's Hair c. Lorenzy et TGI Strasbourg, 1re ch., 10 mai 1989, Bischetti c. Nouail.

Si la possibilité d'une protection paraît acquise, il est vrai que des incertitudes peuvent demeurer quant à la portée de cette protection. V., A. Bertrand, *Droit d'auteur 2011/2012*, Dalloz, 2010, n° 104.75 : « Cependant, tous les litiges qui ont porté à ce jour sur des coiffures avaient surtout pour objet leur reproduction photographique. Aussi, peut-on se demander quel est le champ de la protection accordé par le droit d'auteur aux coiffures. Un coiffeur peut-il interdire à un confrère de coiffer ses clients et clientes de la même manière que la sienne ? Ne sommes-nous pas dans un domaine où il y a souvent "absence de dichotomie entre l'idée et l'expression" ? Enfin, dans notre hypothèse, sommes-nous en présence d'une reproduction au sens de l'article L. 122-3 du CPI ? » Nous avons tendance à penser que la protection, si elle est accordée à une coiffure originale, n'a aucune raison de ne pas s'étendre à la copie de cette coiffure sur un autre client, que cette coiffure contrefaisante soit d'ailleurs qualifiée de reproduction ou (faute de fixation) de représentation au public.

[884] C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins,* 5e éd., LexisNexis, 2017, p. 164.

[885] V. *infra* p. 285 et s.

coiffure ne serait sans doute pas protégée[886], probablement parce que les cheveux n'offriraient pas un support assez durable. De même une décision d'une juridiction britannique a refusé de protéger le maquillage de scène d'un chanteur[887]. Le droit britannique disposant d'une liste fermée de types d'œuvres protégeables[888] – ne mentionnant évidemment pas le maquillage –, la question qui se posait à la juridiction était celle de savoir si ce maquillage de scène pouvait être assimilé à une peinture. La réponse apportée fut négative car la peau humaine, ne constituait pas un support assez stable, ne pouvait être considérée comme une « surface » à l'exemple d'une toile[889].

Le corps peut également, dans certains cas de modifications corporelles, être le support d'une forme permanente, par exemple pour un tatouage. Le tatouage, dessin effectué sur la peau, doit pouvoir être protégé comme tout dessin s'il est original. Le fait que son support soit la peau d'une personne est indifférent à cet égard[890].

Le tatouage a la particularité d'être une discipline située entre beaux-arts et artisanat[891]. Alors que certains tatoueurs se revendiquent artistes et créent les dessins qu'ils tatouent, beaucoup

---

[886] Y. Gendreau, « Le critère de fixation en droit d'auteur », *in RIDA*, vol. 159, 1994, p. 149.

[887] Merchandising Corp. of America Inc. & ors v. Harpbond Ltd & ors [1983] FSR 32.

[888] Cette liste se trouvait à la section 3 du *Copyright Act* de 1956 qui a depuis été remplacé par la section 4 du *Copyright, Design and Patents Act* de 1988.

[889] Selon la décision : « *A painting must be on a surface. If there were a painting in this case it must be the make-up marks plus the second plaintiff's face. If the marks were taken off the face, there could not be a painting.* »

[890] En revanche, pour le droit fiscal, le tatouage ne pas être soumis au taux de TVA réduit qui bénéficie aux œuvres d'art puisque qu'une transaction en vue de se faire tatouer ne s'analyse pas en un échange de biens mais en une prestation de services. Le tatouage est, pour cette raison et nonobstant son éventuel caractère artistique, insusceptible de bénéficier des dispositions prévues pour les seules ventes d'œuvres d'art (Article 278-0 bis CGI). Cette décision semble s'appuyer sur la nature particulière du support qu'est le corps humain, qui ne peut pas donner lieu à une livraison de biens.

V. CAA Lyon, 24 mai 2011, n° 10LY01792 : « Considérant […] que le corps humain ne constitue pas un support susceptible de donner lieu à une livraison de biens ; que, par suite, la réalisation de tatouages constitue non pas une livraison d'œuvre d'art, mais une prestation de services relevant du taux normal de la taxe, alors même que les tatouages auraient la nature d'œuvres d'art et seraient exécutés à la main ; que M. A, nonobstant la qualité d'artiste ou la nature d'œuvre d'art de certaines de ses réalisations, exerce une activité de prestation de services relevant du taux normal de taxe sur la valeur ajoutée […] ».

[891] V. le travail sociologique de Valérie Rolle sur la profession de tatoueur : « L'art de tatouer. Des qualités du travail aux qualifications de l'exécutant » *in Sociologie de l'Art*, vol. 21, n° 3, 2012, p. 65-83 et *L'art de tatouer : la pratique d'un métier créatif*, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 2015.

D'ailleurs, les principales organisations de tatoueurs s'opposent sur le sujet. Les membres du Syndicat national des artistes-tatoueurs, estimant faire du tatouage une forme d'expression personnelle, revendiquent une reconnaissance en tant qu'artistes. A l'inverse, l'association Tatouage & Partage, mettant davantage en avant la notion de savoir-faire, défend pour les tatoueurs un statut d'artisans d'art.

Cette opposition peut être illustrée par les débats qui concernent la formation. Aujourd'hui, le métier de tatoueur s'acquiert par une période d'apprentissage informel auprès d'un professionnel expérimenté. Alors que les tatoueurs se reconnaissant dans un statut artisanal tel que les membres de Tatouage & Partage encouragent la création d'une formation diplômante de type CAP tatouage qui permettrait de formaliser cette période d'apprentissage, le

utilisent une majorité de motifs communs[892]. Ainsi de nombreux tatouages ne pourraient être considérés comme originaux car ils ne sont que la copie servile de dessins préexistants. Ce statut ambigu du tatouage peut aussi avoir des répercussions sur la question de l'auteur. En effet, le tatoueur travaille au service d'un client qui donne, en général, des indications sur le dessin qui lui sera tatoué. Ainsi peut se poser la question de l'identité de l'auteur : si le client a donné des instructions assez précises lors de la réalisation du dessin, le tatouage peut être considéré comme une œuvre de collaboration[893]. Le cas, sans doute plus marginal, dans lequel le client serait le seul auteur peut aussi se présenter si le tatoueur se comportait uniquement comme un prestataire technique sans aucune marge créative[894]. En revanche, le fait que la peau du client soit le support du dessin n'a aucune influence sur son éventuelle qualité d'auteur ; seul son rôle dans le processus de création est pertinent. Même si un tatouage peut être considéré par le client comme une expression de son individualité[895], le tatoueur peut tout à fait en être le seul auteur si c'est lui qui en a maîtrisé la création[896].

Le tatouage en tant que milieu professionnel est régi par des pratiques internes (fondées sur la réputation, la confiance etc.) davantage que par le recours à des règles juridiques[897]. Cela explique le faible nombre de décisions judiciaires qui ont eu à se pencher sur la protection du tatouage en droit d'auteur. D'ailleurs, les affaires qui concernent le tatouage, en France comme à l'étranger[898], ne portent pas sur des conflits entre tatoueurs mais sur l'exploitation commerciale ou publicitaire de dessins tatouées sur des célébrités. Ainsi, en France, la cour d'appel de Paris, confrontée à une affaire concernant le tatouage de Johnny Halliday, a traité le

---

Syndicat national des artistes-tatoueurs y est totalement opposé et envisage plutôt de créer des partenariats avec des écoles d'art.

892 Beaucoup de dessins sont d'ailleurs considérés comme traditionnels : les motifs imitant les tatouages traditionnels de l'Océanie ou du Japon par exemple, mais également des dessins dont l'origine est plus récente mais qui se sont tellement répandus qu'ils fondent désormais un style ne pouvant être approprié, comme les motifs marins de Sailor Jerry.

893 V. Cass, civ 1ère, 13 novembre 1973, 71-14.469.

894 V. B. Edelman, « La main et l'esprit » *in D.* 1980, chron. VII, p. 43.

895 V., sur la fonction d'individualisation du tatouage, les travaux de l'anthropologue David Le Breton, par exemple « Le monde à fleur de peau : sur le tatouage contemporain » i*n Hermès, La Revue*, vol. 74, n° 1, 2016, p. 132-138.

896 CA Paris, 3 juillet 1998, n°97/00183, Sté Polygram c. Daures.

897 V. les travaux de V. Rolle sur la mauvaise réputation des « copieurs », note 891.

898 Si aucune décision judiciaire n'est intervenue aux États-Unis, plusieurs affaires ayant été réglée par conventions portent sur la reproduction de tatouage de sportifs célèbres dans des jeux vidéo utilisant des avatars de ces sportifs, ou encore sur la reproduction dans un film du tatouage facial de Mike Tyson.

V. par exemple en droit américain : C. Lesicko, « Tattoos as Visual Art: How Body Art Fits into the Visual Artists Rights Act » *in IDEA*, vol. 53, 2013, p. 39-62 ; A. Perzanowski, « Tattoos & IP Norms » *in Minnesota Law Review*, vol. 91, 2013, p. 511-591 ; M. Minahan, « Copyright Protection for Tattoos: Are Tattoos Copies » *in Notre Dame Law Revue,* vol. 90, 2015, p. 1713-1738.

tatouage comme un dessin, sans que les discussions ne portent sur le support particulier qu'est la peau humaine. Elle a ainsi considéré que le dessin d'aigle tatoué, en l'espèce, sur le bras de Johnny Halliday était une œuvre originale dont l'auteur était le tatoueur[899].

Les tatouages ne sont pas les seules marques permanentes qui peuvent se trouver sur le corps. Ainsi, l'art corporel, en intervenant directement sur le corps, peut laisser des traces des performances sous forme de cicatrices sur le corps même de l'artiste. Gina Pane en vient à considérer ses cicatrices comme des documents de ses actions[900]. L'artiste française, qui se place dans la mouvance du *body art,* explore les thèmes de la douleur et de la féminité dans des performances très intimistes. Ses créations alternent douceur et violence et mettent son corps à l'épreuve dans des actions d'automutilation souvent insoutenables. Par exemple, lors de la performance intitulée *Action Psyché 74*, réalisée en 1974, elle s'entaille le ventre à l'aide d'un rasoir. La cicatrice ainsi réalisée constitue tout autant une trace de l'œuvre éphémère, pour Gina Pane, que les photographies qui la documentent – et qui sont actuellement inscrites au catalogue du Centre d'art contemporain de la région Rhône-Alpes. De même, Chris Burden, après avoir réalisé *Shoot* en 1971, une performance pendant laquelle il se faisait tirer une balle dans le bras gauche, organise en 1980 une exposition intitulée *Show the Hole* dans laquelle il exhibe sa cicatrice comme trace de son action. Ici, il pouvait s'agir pour lui d'une façon de prouver que *Shoot*, action qui était devenue légendaire, avait véritablement eu lieu. De façon plus ambiguë, cette question des traces corporelles peut faire penser au visage d'Orlan. Dans ce cas, le visage modifié chirurgicalement de l'artiste est à la fois trace des opérations-performances qu'elle a conçues et matière première transformée en une sorte de sculpture vivante.

Ces traces corporelles peuvent s'apparenter au tatouage. Cependant elles en diffèrent en ce que, n'étant pas détachables du corps de l'individu qui les porte, elles intéressent moins le droit d'auteur en tant qu'elles ne seront pas reproductibles d'un individu à l'autre. Il ne pourrait s'intéresser, éventuellement, qu'à la photographie d'une cicatrice issue d'une performance. Mais même alors cette cicatrice aurait un caractère aléatoire – résultant d'une action volontaire,

---

[899] CA Paris, 3 juillet 1998, 97/00183, Sté Polygram c. Daures. V. aussi, dans le même sens, la décision de première instance, TGI Paris, 27 sept.1996, n° 13957/95. V. *infra* p. 334 pour une analyse plus détaillée de cette affaire.

[900] Gina Pane, *Lettre à une inconnue*, ENSBA, 2004 : « En effet, j'utilise dans mon travail aussi bien la trace du mur matérialisée par le support filmique, photo, etc.

L'autre trace, la sécrétation de mon corps de femme et ses puissances internes comme le sang menstruel, la règle de mon corps- sa mesure le lait, la nourriture de la chair trace de ma chair : l'enfant.

Cette fente que j'incise sur ma peau avec une lame de rasoir mémorise cette double trace. La cicatrice qui en résulte donne la mémoire du corps par la douleur qui le préserve de sa destruction et par le temps vécu qui lui donne sa dimension. »

d'une performance, sa forme ne découlerait que du hasard. Personne ne pourrait donc s'en revendiquer l'auteur. En revanche, il serait concevable qu'une scarification maîtrisée dans sa forme puisse être protégée en tant qu'œuvre picturale sur la peau. Par exemple, certains autoportraits de la photographe américaine Catherine Opie montrent des scarifications maîtrisées qui forment des « dessins » et pourraient être protégées comme tels[901].

Paragraphe 2. Les évolutions envisageables de la notion d'originalité

L'inadéquation observée entre une acception traditionnelle de l'originalité et les pratiques artistiques contemporaines, peut amener à explorer d'autres critères pour déterminer s'ils conviendraient davantage à la protection des œuvres d'art contemporain en général et des œuvres d'art corporel plus particulièrement. Ainsi une réforme de l'originalité pourrait passer pas une objectivation de la notion (A) ou une refondation de son caractère subjectif (B).

A. L'objectivation de la notion d'originalité

Tous les auteurs, qu'ils accueillent cette évolution ou la déplorent, reconnaissent que le critère subjectif d'empreinte de la personnalité de l'auteur n'est plus le seul utilisé par les juridictions pour caractériser l'originalité d'une œuvre de l'esprit. Principalement retenues pour accorder une protection aux œuvres d'art appliqué dans lesquelles il serait malaisé de reconnaître la personnalité d'un auteur, des définition plus objectives de l'originalité sont dégagées par la jurisprudence et théorisées par la doctrine[902].

Ces critères objectifs pourraient également s'avérer plus favorables à la protection de certaines productions d'art contemporain. Nous verrons successivement les conséquences, sur la protection de l'art contemporain, et en particulier de l'art corporel, d'une conception plus

[901] V. notamment *Self-Portrait/Cutting* réalisé en1993. Sur cette photographie, Catherine Opie montre son dos entaillé d'un dessin enfantin représentant une famille homoparentale, reflétant le militantisme LGBT de la photographe ainsi que ses pratiques intimes sadomasochistes.

[902] Il peut y avoir ici une influence du droit de l'Union européenne qui, depuis le célèbre arrêt Infopaq (CJCE, 16 juillet 2009, Infopaq International A/S c. I Danske Dagblades Forening, n° C-5/08) utilise pour définir l'originalité une voie médiane, entre les approches objective et subjective, en qualifiant l'œuvre originale de « création intellectuelle propre à son auteur ».

objective de l'originalité passant par la notion de choix de l'auteur (1) puis d'une conception complètement objective, celle de nouveauté (2).

1. L'originalité redéfinie à travers la notion de choix de l'artiste

La jurisprudence utilise régulièrement le critère du choix pour caractériser l'originalité d'une œuvre. Si l'auteur a pu effectuer des choix esthétiques arbitraires – qui ne dépendent pas d'une contrainte fonctionnelle ou technique – sur la forme de l'œuvre, cela signifie qu'il a marqué cette dernière de l'empreinte de sa personnalité[903]. Il ne s'agit donc pas véritablement d'un critère objectif : la présence de choix ne fait que révéler la présence de l'empreinte de la personnalité de l'auteur. La rhétorique reste ainsi tout à fait subjectiviste puisque la protection ne serait toujours accordée qu'en raison de la subsistance de la personnalité de l'auteur dans l'œuvre[904]. Cependant, les choix de l'auteur constituent un critère plus objectivable que la seule empreinte d'une personnalité. Ce critère est notamment utile pour les œuvres d'art appliqué en ce qu'il permet de s'assurer que la forme de l'œuvre est bien détachable de sa fonction[905] – sans quoi il ne peut y avoir de choix arbitraires de l'auteur.

Cette manière de rechercher l'originalité est aussi considérée comme plus favorable à la protection de l'art contemporain en ce qu'elle valorise les choix plutôt que la réalisation concrète de l'œuvre[906]. Cela permettrait de mieux appréhender les démarches de création contemporaines qui relèvent davantage de la conception intellectuelle de l'œuvre que de la fabrication d'un objet. Par exemple, un *ready-made* pourrait, selon ce critère, être reconnu comme une œuvre de l'esprit parce qu'il a fait l'objet d'un choix arbitraire[907] – dont il serait possible de considérer qu'il révèle la personnalité de l'artiste. Il en serait de même des œuvres totalement réalisées de façon aléatoire. Le critère du choix pourrait en faire des œuvres originales même si l'artiste n'en a absolument pas maîtrisé la fabrication dès lors qu'il les a ensuite choisies comme œuvres. Ainsi, selon Édouard Treppoz, « la conscience du résultat ne

---

[903] Dans le droit de l'Union européenne, v. les arrêts Painer (CJUE, 1er décembre 2011, Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH, n° C-145/10) et Dataco (CJUE, 1er mars 2012, Football Dataco Ltd e.a. c.Yahoo! UK Ltd e.a., n° C-604/10) qui définissent l'originalité comme la présence de « choix libres et créatifs » de l'auteur.

[904] Sur l'utilisation de l'empreinte de la personnalité comme d'une rhétorique utilisée par les juges et apposée *a posteriori* sur l'œuvre pour justifier de la protection accordée, v. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op.cit.,* n° 290.

[905] Sur ce critère et notamment sur le risque de confusion avec l'originalité : C. Bernault, « La protection des formes fonctionnelles par le droit de la propriété intellectuelle : le critère de la forme séparable de la fonction » *in D.* 2003, p. 957.

[906] V. E. Treppoz, *op.cit* et N. Walravens, *op.cit.*

[907] E. Treppoz, op. cit., p. 97.

semble donc pas devoir être exigée lors de la création, mais postérieurement, lors de la divulgation »[908].

En effet, plusieurs décisions de jurisprudence qui doivent appréhender des œuvres d'art contemporain mettent en œuvre cette notion de choix. Il est particulièrement intéressant d'observer que les choix pris en compte pour caractériser l'originalité ne se limitent pas alors aux éléments constitutifs d'un certain artefact, mais incluent des choix qui concernent l'environnement dans lequel l'œuvre est inscrite et dont elle n'est pas isolable. Ainsi, dans l'affaire Paradis, la Cour de cassation[909], reprenant l'arrêt d'appel, relève que l'originalité de l'œuvre découle de la combinaison du mot choisi, de son graphisme et de l'environnement dans lequel il est inscrit, combinaison qui « implique des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur »[910]. Une position similaire est affirmée par d'autres décisions qui concernent des réalisations artistiques faisant corps avec leur environnement comme des œuvres de *land art*[911] ou de *street art*[912].

Pour l'art corporel, ce critère permettrait de passer outre les difficultés énoncées plus haut, selon lesquelles l'art corporel ne serait pas original lorsque le corps n'a pas été suffisamment modifié puisqu'il ne découlerait pas alors d'une création mais d'une simple présentation de son corps (ou du corps d'autrui) tel qu'il est. Si l'originalité se déduit des choix de l'auteur, alors le simple choix du corps, le sien propre ou celui de modèles, en tant qu'œuvre pourrait se trouver suffisant pour révéler l'empreinte de la personnalité de l'artiste.

2. L'originalité remplacée par la notion de nouveauté

Traditionnellement, l'opposition entre originalité et nouveauté constitue l'une des grandes différences entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle, représentée en

---

908 E. Treppoz, op.cit. p. 89. Cela peut être rapproché de la « théorie de la présentation », avancée dans les années 1960 par le professeur suisse Max Kummer, qui est évoquée par I Cherpillod, op. cit., n° 212 et s. Selon ladite théorie une œuvre doit être protégée si elle est unique au sens statistique et si elle est présentée en tant qu'œuvre d'art.

909 Cass. civ. 1ère, 13 nov. 2008, n° 06-19.021.

910 Sur l'utilisation du choix dans l'arrêt paradis v. E. Treppoz « "La nouvelle Eve" au "Paradis" du droit d'auteur » *in D.* 2006, p. 1051 ; N. Walravens, « Consécration de la protection de Paradis, œuvre d'Art conceptuel, par la Cour de cassation » *in RLDI*, n° 47, 2009 et de la même auteure commentant l'arrêt d'appel « Le choix, critère déterminant de l'originalité de Paradis » *in RLDI*, n° 19, 2006.

911 CA Paris, 13 mars 1986.

912 TGI Paris, 14 novembre 2007, n° 06/12982, à propos des mosaïques de Space Invader : « La nature des supports urbains des dits carreaux de piscines scellés dans les murs, et le choix de leurs emplacements portent l'empreinte de la personnalité de leur auteur ».

particulier par le droit des brevets. En effet, tandis que le droit d'auteur demande qu'une œuvre soit originale de façon subjective, le brevet requiert une nouveauté objective. La différence entre ces deux notions est illustrée de façon célèbre par Desbois[913] : si deux peintres, indépendamment l'un de l'autre, représentent le même paysage et finissent par produire des tableaux similaires, le second tableau sera bien original. Il portera l'empreinte de la personnalité de son auteur dans la mesure où il découlera de sa vision propre du paysage qui aura informé la réalisation du tableau. En revanche, il ne sera pas nouveau puisque ce tableau (ou un tableau très ressemblant) aura déjà été produit antérieurement. Or, pour le droit d'auteur, comme a pu le rappeler la Cour de cassation, la seule condition de protection des œuvres de l'esprit est leur « caractère original, indépendamment de la notion d'antériorité inopérante dans le cadre de l'application du droit de la propriété littéraire et artistique »[914].

Pourtant, certains auteurs estiment qu'il pourrait être pertinent de reconnaître la notion objective de la nouveauté en droit d'auteur. En effet, la protection d'objets tels que les œuvres d'art appliqué ou, surtout, les logiciels est de nature à rendre l'opposition entre nouveauté et originalité largement obsolète. Dans ces domaines, dans lesquels il peut paraître illusoire de rechercher une empreinte de la personnalité[915], nouveauté et originalité peuvent être considérées comme des synonymes. De plus, il est difficile d'ignorer une certaine pratique des juridictions qui déduit l'originalité de l'absence d'antériorité ou des différences que l'œuvre présente par rapport aux créations antérieures[916]. Ainsi, il peut être possible de considérer que le droit d'auteur recherche finalement une « nouveauté dans l'univers des formes »[917].

Alors que l'empreinte de la personnalité peut sembler le critère le mieux adapté pour appréhender les créations des beaux-arts, beaucoup d'œuvres relevant de l'art contemporain s'accommoderaient sans doute mieux de la nouveauté. Comme nous avons pu le voir, certaines démarches artistiques contemporaines visent à occulter la personnalité de l'auteur dans l'œuvre, rendant difficile l'utilisation du critère d'originalité. En revanche, la nouveauté semble être un prérequis à la reconnaissance critique d'une œuvre, dont l'importance s'est certainement encore

---

913 H. Desbois, *op. cit.*, n°3.

914 Cass. civ. 1ère, 11 février 1997, n° 95-11.605.

915 Ainsi, dans le domaine du logiciel, la Cour de cassation recherche « l'apport intellectuel » de l'auteur, ce qui s'éloigne d'une conception classique de l'originalité.

916 C'est le cas d'innombrables décisions qui concernent la protection d'arts appliqués, mais la nouveauté remplace aussi largement l'empreinte de la personnalité dans le domaine des créations musicales (v. par exemple Cass. civ. 1ère, 11 oct. 1989, n° 88-11.186).

917 M. Vivant, « Brèves réflexions sur le droit d'auteur suscitées par le problème de la protection des logiciels » *in Informatica et diritto*, vol. 2, 1984, p. 73.

renforcée avec l'art contemporain[918]. Alain Strowel relève ainsi que « la toute-puissance du critère de nouveauté sur le marché de l'art […] creuse la distance entre la création contemporaine, plaçant en son centre la nouveauté objective, et le critère de qualification qui combine le concept d'originalité subjective et la distinction forme-idée »[919].

Ainsi, adopter une condition de nouveauté au lieu de celle d'originalité permettrait de se rapprocher des critères valorisés par le marché et la critique d'art. Cependant, un tel rapprochement ne serait pas forcément souhaitable et le marché ou la critique n'ont pas vocation à imposer leurs critères d'évaluation au droit d'auteur. De plus, faire de la nouveauté un critère de protection risquerait d'accentuer la « course aux avant-gardes »[920] qui pousserait les artistes à produire sans cesse des œuvres nouvelles, c'est-à-dire, pour l'art contemporain, repoussant plus loin les limites de l'art, quitte à aboutir à la production d'œuvres faisant preuve d'une certaine provocation sensationnaliste – situation décrite par Nathalie Heinich comme un « emballement du régime de singularité »[921]. Ainsi, il ne nous paraît pas souhaitable que la nouveauté remplace l'originalité dans le domaine des beaux-arts.

Toutefois, il convient de reconnaître que lorsqu'il ne s'agit plus d'œuvres d'art traditionnelles mais plutôt d'œuvres reposant fortement sur un concept, la nouveauté se confond largement avec l'originalité. En effet, ces créations sont d'ordre intellectuel davantage que directement sensible et, comme les logiciels par exemple, il est parfois difficile d'y voir l'empreinte de la personnalité de leur auteur. Il peut donc n'y avoir aucun meilleur moyen, pour un juge, de décider de leur originalité que de la déduire, comme pour d'autres créations avant tout intellectuelles, de leur nouveauté. Si l'on s'en tient à la forme esthétique de l'œuvre sans évaluer l'originalité du concept lui-même, il est malaisé de concevoir comment il possible de décider du caractère original ou non des créations relevant, par exemple, de l'art minimal, en particulier lorsqu'elles ne sont pas réalisées de la main de l'artiste, sinon en se référant à l'absence d'antériorité.

---

[918] V. N. Heinich, *Le paradigme de l'art contemporain*, Gallimard, 2014, p. 316 et s.

[919] A. Strowel, *op. cit.,* p. 88.

[920] N. Heinich et N. Journet, « « La course aux avant-gardes, le jeu de l'art contemporain » *in Les Grands Dossiers des Sciences Humaines*, vol. 38, n°. 3, 2015, p. 18-18.

[921] Le régime de singularité de l'art moderne, qui s'est imposé au cours du XIX[e] siècle et valorise les productions artistiques originales plutôt que les reproductions techniquement réussies, serait ainsi encore accentué avec l'art contemporain. V. N. Heinich et N. Journet, *op. cit.*

Pour l'art corporel, il faut se demander si un corps est susceptible de constituer une forme nouvelle. Or, il nous semble que la réponse est plutôt positive dans la mesure où chaque individu à un corps propre qui, en cela, peut toujours être considéré comme « nouveau ». D'ailleurs, même une même personne à différents stades de sa vie peut avoir un corps « nouveau », transformé par le vieillissement. Cependant, contrairement à d'autres courants de l'art contemporain, l'art corporel ne nous paraît pas mieux saisi par la notion de nouveauté que par celle d'originalité. En effet, alors que les créations plus intellectuelles bénéficient d'un critère d'évaluation objectif, l'art corporel est fortement attaché à la subjectivité de l'artiste – en particulier lorsque ce dernier utilise son propre corps dans son œuvre – et peut donc être mieux appréhendé par un critère subjectif.

B. L'intention de l'artiste comme nouveau critère subjectif

Une dernière proposition notable, avancée par des auteures qui sont favorables à la protection des œuvres d'art contemporain[922], vise à rechercher l'originalité[923], au moins en partie, dans l'intention de l'auteur et non plus dans l'œuvre elle-même. Ainsi, pour Agnès Tricoire, il faut que l'auteur ait « l'intention de faire œuvre »[924] pour que cette œuvre puisse être protégée. Cette intention peut être rendue accessible aux juridictions par un travail d'explication : il s'agit de « caractériser en quoi la forme est l'incarnation de l'idée de l'œuvre, au sens du travail conceptuel et formel que l'auteur met en œuvre dans sa création »[925]. Dans la jurisprudence, il est possible de remarquer certaines décisions qui, confrontées à des œuvres d'art contemporain, font effectivement appel à des notions relevant davantage de l'auteur que de l'œuvre même pour rechercher l'originalité. Ainsi le message, l'intention ou la démarche artistique sont explicitement évoquées par certaines juridictions.

Une décision de la cour d'appel de Paris concernant des tables créées par Yves Klein peut permettre de l'illustrer[926]. L'œuvre revendiquée était une table basse dont le plateau était

---

922 A. Tricoire, *La définition de l'œuvre*, Université de Paris 1, 2012 et « Définir l'œuvre, le défi du droit d'auteur » *in D.* 2014, p. 2007 ainsi que N. Walravens, *L'œuvre d'art en droit d'auteur - Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Economica, 2005, p. 464 et s.

923 Nous simplifions ici mais il faut préciser que pour Mme Tricoire il ne s'agit pas de redéfinir la notion d'originalité mais de mettre en avant un nouveau critère de définition de l'œuvre.

924 A. Tricoire, *La définition de l'œuvre*, Université de Paris 1, 2012, p. 291 et s.

925 A. Tricoire, « Définir l'œuvre, le défi du droit d'auteur » *in D.* 2014, p. 2007.

926 CA Paris, 7 janv. 2011, n° 09/16251.

recouvert d'un pigment coloré bleu, lui-même protégé par une plaque de verre transparente mettant en valeur la couleur. La cour, pour caractériser l'originalité de l'œuvre de Klein, cite longuement dans sa décision les écrits de ce dernier en estimant que « pour mieux appréhender l'originalité de l'œuvre en cause, il n'est pas inutile de rappeler ici ce que Yves Klein déclarait à propos des couleurs ». Estimant ensuite que la théorie de Klein sur la couleur-matière avait été mise en œuvre dans la table basse revendiquée, la cour décide de protéger cette dernière comme une œuvre de l'esprit. Selon Nadia Walravens qui commente cette décision, il s'agit bien là d'une prise en compte de l'intention de l'auteur puisque la cour « signale […] l'élément le plus subjectif qui soit exprimé dans l'œuvre, l'intention de l'artiste »[927].

Un autre exemple récent nous semble aller plus loin dans la prise en compte de l'intention artistique[928]. Dans la décision du tribunal de grande instance de Paris déjà évoquée concernant l'œuvre de l'artiste Orlan[929], celle-ci revendiquait un droit d'auteur sur une œuvre intitulée *Visage à quatre implants*, qui aurait été copiée par Lady Gaga. Or, le tribunal, rejetant sa demande, affirme que « le fait d'implanter sur n'importe quel visage quatre implants y compris aux endroits précités ne ressort que d'une idée et ne peut être considéré comme art conceptuel faute d'être sous-tendu par un message ou une intention artistique claire de l'auteur »[930]. Il semble donc sous-entendre que la protection même d'une œuvre « conceptuelle » est subordonnée à l'expression claire d'un message. Faudrait-il alors comprendre que toute œuvre d'art contemporain peut être qualifiée de « conceptuelle » par les tribunaux et, à partir de là, doit justifier de son message pour être protégeable ?

Cette prise en compte de l'intention dans les critères de protections appliqués à l'œuvre a, selon nous, le désavantage de favoriser un certain type d'œuvres, les œuvres les plus intellectuelles ou les plus conceptuelles (au sens de « reposant sur une idée complexe »), au détriment d'œuvres qui, bien qu'elles ne soient pas dépourvues d'idées, sont créées par des auteurs qui

---

927 N. Walravens, « Les tables d'Yves Klein, peintre de l'Immatériel, protégées par le droit d'auteur » *in RLDI*, n° 70, 2011.

928 V. D'ailleurs le commentaire d'A. Tricoire, « Orlan contre Lady Gaga : l'intention artistique comme grille de lecture de l'œuvre d'art (enfin !) » *in Le quotidien de l'art*, n° 1124, 2016.

929 TGI Paris, 7 juill. 2016, n° 13/12836.

930 Cette phrase nous paraît extrêmement énigmatique. La première partie est classique : le *Visage a quatre implants* n'a pas de forme protégeable. Ce qui peut paraitre contestable mais constitue une justification classique au refus de la protection. La seconde partie de la phrase, elle, semble dire qu'en tant qu'art conceptuel, ce *Visage à quatre implants* pourrait être protégé, même en tant qu'idée, si l'artiste caractérisait suffisamment un message. Cela semble contradictoire avec ce qui est avancé quant à l'absence de forme et nous paraît juridiquement contestable.

Pour une note sur la décision : *Juris art etc.,* n° 39, 2016, p.13, note P. Noual.

n'ont aucune intention claire et peuvent même, comme dans le cas de l'art brut, être incapables d'en avoir.

Par ailleurs, ce critère pourrait être défavorable à certaines productions de l'art corporel : celles justement qui reposent peu sur un argumentaire théorique mais se contentent de la présence physique d'un corps. Il peut y avoir en effet dans l'art corporel – dans certaines de ses créations du moins – une matérialité extrêmement brute, à tel point qu'il pourrait s'y réduire. La performance peut ainsi parfois se résumer à la présence d'un corps[931], à l'affirmation d'un « *Regardez-moi cela suffit* »[932]. L'art corporel pourrait donc se rapprocher de l'art minimal par cet accent mis sur une matérialité qui refuse de se voir assigner un sens prédéfini[933]. En effet, tous deux imposent au spectateur une présence physique (d'un objet ou d'un corps) sans que cette présence n'ait nécessairement de sens[934].

Au final, même si l'art corporel ne serait pas forcément désavantagé par ces propositions visant à repenser la notion d'originalité, il n'en a pas besoin et se démarque par là de la plupart des productions de l'art contemporain. Alors que certaines de ses caractéristiques – en particulier son caractère d'action éphémère plutôt que d'artefact – rejoignent un large mouvement de dématérialisation de l'art contemporain et déstabilisent la notion juridique de forme, l'art corporel s'inscrit en revanche parfaitement dans une acception traditionnelle de l'originalité comme empreinte de la personnalité de l'auteur. En particulier, si l'on considère le noyau historique des œuvres d'art corporel, les performances dans lesquelles l'artiste utilise du propre corps, on ne constate aucun effacement de la personne du créateur mais, au contraire, une focalisation sur le pouvoir créateur de sa présence. Ces pratiques qui mettent l'accent sur l'intervention directe de l'artiste « rétabli[ssent] la signification de l'art comme contenu immédiat du sujet créateur »[935] au sein même de l'art contemporain. En ce sens, l'art corporel

---

931 Pour une lecture critique de ces pratiques artistiques, B. Edelman, *Tous artistes en droit : Petite histoire de l'esthétique à l'ère des droits de l'homme*, Editions Hermann, 2012.

932 C'est le titre d'un *happening* de Ben Vautier, artiste du Fluxus, réalisé en 1962 à Nice. L'artiste, muni d'une pancarte sur laquelle il a écrit « Regardez-moi cela suffit », se tient pendant une heure sur la Promenade des Anglais.

933 V. C. Ross, « The Paradoxical Bodies of Contemporary Art » *in* A. Jones (éd.), *A Companion to Contemporary Art since 1945*, Blackwell, 2006, p. 378.

934 Sur l'anthropomorphisme des objets d'art, voir G. Didi-Huberman, *Ce que nous voyons, ce qui nous regarde*, Editions de Minuit, 1992.

935 J. Sato, « Préface » *in* J. Sato (dir.), *L'artiste en personne*, Presses universitaires de Rennes, 1998, p. 10.

est bien original puisqu'il est propre à la personne de l'auteur ; il est créé par la présence d'une personne spécifique.

*

Nous l'avons vu, certains courants de l'art contemporain tendent à effacer l'auteur – soit que celui-ci ne soit pas visible dans une œuvre très impersonnelle et dépourvue de sens préalable investi (art minimal), soit qu'il n'intervienne pas comme producteur de l'œuvre (*ready-made*). Une scission intervient en pareil cas entre le corps de l'artiste d'une part et l'œuvre d'autre part[936]. Ces mouvements de l'art contemporain n'interrogent donc pas seulement la fonction de l'artiste mais aussi celle, plus spécifiquement, de son corps.

L'art corporel est également parcouru par cette réflexion sur le pouvoir créateur du corps de l'artiste mais il y répond d'une manière très différente : non en cachant le corps, mais en le montrant de la manière la plus directe qui soit – puisque l'œuvre nécessite la présence de l'artiste. Or le droit français recherche dans l'œuvre ce qui relève de la personnalité de l'artiste – et rien n'est plus personnel, plus propre à chacun, que son propre corps[937]. Selon cette conception, la plus traditionnelle en doctrine française, l'empreinte de la personnalité est transmise par l'artiste à l'œuvre par l'intermédiaire de son propre corps[938]. L'œuvre incarnée est celle tissant le plus fort lien imaginable entre l'artiste et son œuvre.

Ainsi cette acception très personnaliste du concept d'originalité est parfaitement opérante pour le courant d'avant-garde qu'est l'art corporel – et ce, alors même que la doctrine soutient que cette acception n'est pas adaptée à l'art contemporain. L'attention particulière portée à l'art conceptuel, aussi bien dans les discussions doctrinales que dans les décisions judiciaires, occulte le fait que l'art contemporain ne se limite pas à celui-ci. Ainsi l'art contemporain n'est pas toujours uniquement idéel et intellectualisé. Il peut aussi, dans le cas de l'art corporel en

[936] À titre d'illustration, l'art minimal cherche ainsi à ne faire apparaître aucune trace d'exécution manuelle (coups de pinceaux par exemple) dans l'œuvre finale. La scission est encore plus évidente pour le *ready-made* puisque l'artiste ne produit pas du tout l'objet.

[937] En ce sens, B. Edelman, « La création dans l'art contemporain », *in D.* 2009, p. 38.

[938] Puisque l'originalité nécessiterait, pour les arts plastiques, une réalisation manuelle.

particulier, être incarné. C'est justement ce caractère incarné qui peut nuire à sa mise en circulation puisque l'œuvre, alors, ne se détache pas du corps de l'artiste ou du modèle qui en est le support. Cependant, des stratégies permettent d'appréhender et de faire circuler de façon satisfaisante l'œuvre corporelle par ses contours (ses traces ou sa dimension réitérable).

CHAPITRE 2 : LA PROTECTION SATISFAISANTE DE L'ART CORPOREL POUR L'ARTISTE

Nous nous attacherons ici à étudier les modalités par lesquelles l'art corporel peut être effectivement protégé (et, en conséquence, exploité) par un artiste. Si l'œuvre d'art corporel, ou en tout cas de larges pans de celle-ci, peut être protégée par le droit d'auteur, la mise en œuvre concrète de ce dernier pour permettre une circulation de telles œuvres peut s'avérer difficile.

L'œuvre corporelle, et en particulier la performance, paraît par nature insaisissable du fait de son caractère éphémère et incarnée qui en fait un objet d'étude particulièrement ambigu. Éphémère, elle ne peut exister dans une manifestation stable qui permettrait sa saisie par les institutions muséales, par les historiens de l'art, mais aussi par les règles juridiques, notamment par le droit d'auteur. Ainsi, il peut être nécessaire de se placer à côté de l'œuvre elle-même, conçue comme une expérience, pour finalement parvenir à reconnaître l'œuvre d'art corporel à travers la trace qu'elle laisse subsister (section 1). Incarnée, l'œuvre d'art corporel ne peut *a priori* se détacher du corps qui la supporte. Or, ce n'est qu'en acceptant de briser ce lien entre l'artiste (ou un interprète particulier) et l'œuvre que sa mise en circulation est rendue possible (section 2).

SECTION 1. La reconnaissance possible de l'œuvre corporelle à travers sa trace

En matière d'art corporel, la reconnaissance d'une œuvre de l'esprit, préalable nécessaire à son exploitation commerciale, se heurte à une difficulté pratique. C'est en effet à travers la trace laissée par l'œuvre que cette reconnaissance va souvent pouvoir s'effectuer (§ 1). La nécessité de passer par cet intermédiaire n'est pas sans conséquences, notamment en matière de performances, pour lesquelles l'image du corps de l'artiste peut s'émanciper de l'œuvre originelle (§ 2).

Paragraphe 1. La relation de nécessité entre l'œuvre corporelle et sa trace

L'art corporel est tout entier saisi par cette problématique de la trace de l'œuvre. La performance, en tant qu'« effet esthétique immédiat, non différé jusqu'à l'éventuel produit de cette activité »[939] constitue une expérience. L'œuvre n'est pas un objet mais est constituée par un moment temporel – moment qui peut d'ailleurs être plus ou moins précisément défini. Or le droit, et notamment le droit de la propriété littéraire et artistique, est déjà habitué aux œuvres qui ne sont pas des objets mais qui s'incarnent, pour une certaine durée, à travers le corps d'interprètes. C'est le cas de tous les arts de la scène les plus classiques : le théâtre, la musique et l'opéra ou, faisant intervenir le corps de façon plus directe et évidente encore, la danse. Toutes ces genres d'expression artistique, au moins dans leur forme traditionnelle, sont incontestablement saisis par le droit et pris en compte par le droit d'auteur – et sont d'ailleurs énumérés à l'article L. 112-2 du code de la propriété intellectuelle, comme des genres artistiques susceptibles de protection.

La performance et les arts vivants traditionnels se distinguent en particulier par une différente relation entre auteur et interprète. Dans la performance, en général, l'artiste créée et interprète lui-même l'œuvre tandis dans les arts du spectacle traditionnels il a recours à d'autres personnes pour interpréter son œuvre. Cependant, certaines performances utilisent des interprètes. En outre, les arts du spectacle nous paraissent constituer un très intéressant cas d'étude en ce qu'ils nous permettent d'examiner la façon dont le droit d'auteur appréhende des œuvres d'art éphémères qui passent par le corps des interprètes. À ce titre, l'art chorégraphique tient une place particulière puisqu'il s'agit d'une discipline uniquement corporelle, qui ne se fonde sur aucun écrit (texte ou partition) mais n'est véhiculé que par le corps des danseurs. Ainsi, l'obligation de fixation imposée à certains types d'œuvres, et en particulier aux œuvres chorégraphiques, peut révéler une défiance particulière du droit d'auteur vis-à-vis des œuvres d'art qui passeraient uniquement par le médium du corps (A). Cette défiance envers le corps des interprètes et leur potentiel créateur est confirmée par le statut des interprètes, qui sont strictement distingués des auteurs (B). L'étude des arts vivants s'avère donc riche en enseignement pour l'art corporel qui est d'ailleurs souvent assimilé, notamment par les juridictions, à une forme de spectacle même s'il s'en distingue par plusieurs aspects (C).

---

939 G. Genette, *L'œuvre de l'art*, Seuil, 2010, p. 89 (à propos des performances des arts du spectacle).

A. L'œuvre chorégraphique et sa fixation

Le droit d'auteur a eu, historiquement, davantage de difficulté à saisir la danse que le théâtre ou la musique. L'œuvre chorégraphique a été dépourvue jusqu'au XXe siècle d'autonomie juridique – et était souvent alors confondue avec le livret ou l'argument des ballets, et non considérée de façon indépendante en tant que suite de mouvements[940]. La danse n'est apparue dans la loi française comme un domaine de l'art susceptible d'être protégé en tant que tel qu'avec la loi de 1957[941]. D'ailleurs, cette protection est assortie d'une condition qui n'existe pas pour les autres formes artistiques : la condition de fixation.

L'exigence de fixation existe dans certaines législations – en particulier dans les pays de *copyright* – comme condition d'accession à la protection[942]. Une œuvre ne peut alors être protégée qu'à la condition d'être concrétisée dans un support matériel. Si la permanence de la fixation n'est pas forcément exigée, celle-ci doit *a minima* être dotée d'une certaine stabilité. La législation américaine demande par exemple que le support de l'œuvre soit « suffisamment stable ou permanent pour lui permettre d'être perçu, reproduit ou communiqué de toute autre manière pendant un laps de temps plus que provisoire »[943]. Ainsi cette condition permettrait d'exclure les œuvres les plus éphémères de la protection du *copyright*. En France, une telle condition générale de fixation n'existe pas. Elle n'est prévue que pour un type particulier d'œuvres : « les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes », dont la loi précise qu'elles doivent être fixées « par écrit ou autrement »[944].

---

[940] La jurisprudence du XIXe et du début du XXe semble hésitante sur le sujet. Alors qu'en 1862, un tribunal reconnaît une protection au ballet de Jules Perrot *Cosmopolita* en tant que combinaison de pas de danse (Trib. Civ. Seine, 11 juil. 1862, *Perrot c. Petipa, Ann. Prop. Ind.* 1862, p. 235), une décision de 1911 ne protège un ballet d'action que dans sa dimension narrative, comme s'il relevait du genre théâtral (Trib. Civ. Seine, 10 fév. 1911, *Stichel c. Veuve Mendès et Reynaldo Hahn, Ann. Prop. Ind.* 1911, p. 290).

[941] Pour une étude de la protection de la chorégraphie et de ses évolutions historiques depuis la Révolution, v. M. Alsne, « La chorégraphie et le droit d'auteur en France » *in RIDA*, n° 162, 1994, p. 2-119.

[942] La Convention de Berne le permet : son article 2 (2) réserve aux États signataires « la faculté de prescrire que les œuvres littéraires et artistiques ou bien l'une ou plusieurs catégories d'entre elles ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel ».

Ainsi la fixation est exigée par ex par la section 3(2) du *Copyright, Design and Patents Act* de 1988 au Royaume-Uni et par les § 101 et 102 du Titre 17 du *United States Code* aux États-Unis. Au Canada, cette obligation a été dégagée par la jurisprudence (Canadian Admiral Corporation Ltd. v. Rediffusion, Inc., [1954] Ex. C.R. 382).

[943] 17 *U.S. Code* § 101, traduit par Y. Gendreau, *op.cit.,* p. 117.

[944] 4° de l'art. L. 112-2 du CPI.

Pour la plupart des auteurs, la fixation ne serait pas une condition de protection mais seulement une règle de preuve[945]. Ainsi les chorégraphies, numéros de cirque et pantomimes, comme tous les autres types d'œuvres, pourraient être protégés du fait même de leur création. Cependant, du fait de la difficulté à les appréhender – du fait, autrement dit, de leur caractère éphémère et intangible – la mise en œuvre de la protection serait si difficile sans fixation que la loi en fait une exigence de preuve.

En effet, la protection ne peut être accordée que si la personne qui la réclame est capable de caractériser l'œuvre qu'elle entend protéger. Or, cela peut s'avérer difficile en présence d'une œuvre chorégraphique qui, comme tous les arts vivants, n'est pas un artefact. Cependant une difficulté supplémentaire peut venir ici du fait que, contrairement à la musique ou au théâtre[946], la danse n'est traditionnellement pas écrite. Ainsi, l'œuvre chorégraphique peut paraître davantage liée à son interprète puisqu'elle n'existe pas sous la forme pure d'une partition ou d'un texte, mais uniquement dans une forme hybride et incarnée, placée dans un corps[947]. Ainsi, plusieurs auteurs avancent que c'est cette proximité de l'œuvre chorégraphique et de son interprétation qui justifie la condition de fixation[948] : seule une version de l'œuvre fixée sur un support stable – et surtout non corporel – permettrait d'isoler ce qui relève uniquement de la chorégraphie en la distinguant des choix contingents de l'interprète.

Il est certes possible de transposer une chorégraphie par écrit. Cependant les systèmes de notation du mouvement standardisés – c'est-à-dire qui ne sont pas uniquement des notes personnelles – et assez complets pour permettre la reconstitution d'une chorégraphie[949] sont

---

945 Par exemple, A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4ème éd., LexisNexis, 2012, n° 69.

V. dans la jurisprudence, CA Paris, 17 décembre 2003, *D.* 2004, p. 1588 : « Mais considérant que la règle de fixation posée par le texte précité doit être regardée comme une règle de preuve, sauf à contredire le principe posé par l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle selon lequel le droit d'auteur naît du seul fait de la création ».

Contra, voir Y. Gendreau, *op. cit.*, p. 159, qui s'appuie sur le texte de la Convention de Berne pour soutenir que la fixation est bien une condition d'accès à la protection.

946 En effet, en dépit de l'importance que peuvent avoir les interprétations sur la perception de l'œuvre et l'apport de certains comédiens ou musiciens, il est peu contesté que la pièce théâtrale ou musicale existe au-delà de ces représentations particulières. D'ailleurs, celle-ci est fixée soit dans un texte littéraire, soit dans une partition.

947 V. sur la spécificité de la danse et sa difficulté à faire œuvre : F. Pouillaude, *Le désoeuvrement chorégraphique - Etude sur la notion d'œuvre en danse*, 2009, Vrin.

948 En ce sens, notamment : Y. Gendreau, *op. cit.,* p. 157 et J. Ickowicz , *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Les presses du réel, 2013, p. 495.

949 Il est particulièrement difficile de mettre par écrit tous les aspects qui font une chorégraphie. En plus des mouvements – déjà difficiles à retranscrire car tridimensionnels – il convient de prendre en compte les déplacements, la durée de chaque geste, etc. Ce qui requiert des systèmes de notation d'une grande sophistication.

peu répandus[950]. L'écriture de la danse est d'ailleurs bien plus récente que celle de la musique[951]. La vidéographie, bien que beaucoup plus accessible, est également une technique relativement récente qui, de plus, ne permet pas de résoudre le problème de l'interprétation puisqu'elle oblige à enregistrer une chorégraphie en en filmant une interprétation particulière[952]. Ainsi, la danse se transmet en général sans recours à un médium, oralement, de mémoire et par imitation. Elle se transmet du corps au corps. Pour sa création même, la danse est tout d'abord dansée (tandis que le théâtre ou la musique vont en général être écrits), et elle peut ensuite être notée pour des raisons qui tiennent de la conservation et de l'archive. Dans la création comme dans sa transmission, la danse passe donc uniquement par le corps, qui sera son seul support, ce qui en fait une forme artistique éminemment incarnée.

Cette difficulté à fixer la danse pourrait être adoucie en admettant que l'exigence de fixation posée par la législation vise seulement à permettre, pratiquement, la caractérisation de l'œuvre en vue de sa protection. Il n'y aurait alors pas besoin de fixer l'œuvre chorégraphique de manière à permettre son entière recréation mais uniquement à apporter la preuve de certains de ses éléments marquants, ce qui est un standard beaucoup plus atteignable. C'est par exemple l'avis de Mathilde Pavis qui, écrivant sur la fixation de l'interprétation en droit britannique, note que les artistes peuvent avoir des standards plus élevés que ceux imposés par le droit quant à ce qui constituerait la captation fidèle d'une œuvre[953]. Si aucune juridiction française n'est

---

[950] Le Centre national de la danse recense une cinquantaine de personnes formées de façon approfondie à un système de notation dont une dizaine en font leur activité professionnelle principale.

V. l'annuaire professionnel fourni par cette institution, consultable en ligne [http://mediatheque.cnd.fr/spip.php?page=notation_du_mouvement].

[951] Les principales méthodes de notation du mouvement, les notations Laban et Benesh, ont été développées au cours de la première moitié du XXème siècle. Les méthodes antérieures, telles que le système Feullet développé au XVIIème siècle, moins précises, ne sont plus utilisées aujourd'hui.

[952] L'enregistrement vidéographique d'une chorégraphie n'est pas toujours un moyen satisfaisant de la conserver, d'une part parce qu'il peut être difficile de reconstituer une chorégraphie à partir d'un tel enregistrement, notamment lorsqu'elle est exécutée par un grand nombre de danseurs, et d'autre part parce qu'elle ne permet pas de distinguer ce qui est de l'ordre de la chorégraphie de ce qui est de l'ordre de l'interprétation, voire des erreurs, du danseur filmé.

V. à ce sujet CA Paris, 17 décembre 2003*, D.* 2004, p. 1588. Etait avancé devant la juridiction l'argument selon lequel l'enregistrement vidéographique d'un tour de magie ne satisfaisait pas à l'exigence légale de fixation (imposée aux tours de cirque comme aux chorégraphies) parce qu'il n'était que la fixation d'une interprétation particulière de ce tour et non de l'œuvre elle-même. Selon l'arrêt rendu : « le tour d'illusion […] figure sur un vidéogramme régulièrement versé aux débats, dont il n'est pas soutenu par les intimés qu'il constituerait une reproduction tronquée ou manipulée de ce numéro, de sorte qu'il satisfait à l'exigence légale de fixation précédemment rappelée ».

[953] M. Pavis, « Is there Anybody on Stage? A Legal (Mis)Understanding of Performances » *in Journal of World Intellectual Property*, n° 19, 2016, p. 99–114 : « On peut suggérer que la fixation aux fins du droit d'auteur et la fixation à des fins créatives sont deux moyens ayant des objectifs différents. En effet, les lois sur le droit d'auteur n'exigent pas que l'essence de l'œuvre d'auteur soit fixée dans son intégralité pour être protégée. L'exigence de fixation est une simple condition pour faciliter les procédures contentieuses et la gestion des preuves en cas de

venue préciser ce qui pouvait constituer *a minima* la fixation d'une œuvre chorégraphique[954], il peut être intéressant de se pencher sur une décision américaine dans laquelle le juge a été confronté à la question de savoir ce qui constituait une reproduction. Certes, la question de la reproduction diffère de celle de la fixation mais un concept peut ici éclairer l'autre, la reproduction étant d'ailleurs définie en droit français comme une « *fixation matérielle de l'œuvre* par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte »[955].

Cette décision concernait des photographies d'une chorégraphie de Balanchine, publiées sans autorisation des ayants droit[956]. Se posait donc la question de savoir si des images fixes pouvaient constituer la contrefaçon d'une chorégraphie. En effet, l'éditeur des photographies avançait qu'il n'était pas possible de reproduire la chorégraphie uniquement à l'aide de ces images et qu'il ne s'agissait en conséquence pas d'une contrefaçon. En l'espèce, la juridiction américaine a reconnu que la contrefaçon par des photographies était possible, mais avec une argumentation que nous pouvons juger peu convaincante : elle a avancé que les photographies pouvaient apporter des informations quant à l'œuvre chorégraphique, voire qu'il serait possible de retracer, ou deviner, des extraits de la chorégraphie à partir d'images fixes. Ainsi la photographie d'un danseur dans les airs permet, selon la juridiction de savoir qu'il a pris son élan quelques instants avant la prise de vue et qu'il est retombé sur le sol quelques instants après[957]. Cependant, cela n'apporte, selon nous, aucune information quant à la chorégraphie : la manière dont le danseur a pris son élan par exemple reste inaccessible. Toujours est-il que cette décision estime qu'il n'est pas nécessaire de pouvoir recréer l'ensemble de la chorégraphie à partir de sa reproduction pour que la contrefaçon soit retenue. Cela soutient donc l'idée qu'une fixation incomplète – quoi que pas forcément limitée à des photos – pourrait être suffisante pour protéger une chorégraphie.

---

litige. Par conséquent, les attentes de la loi peuvent ne pas être aussi élevées que celles des artistes lorsque l'on considère le degré auquel l'essence de leur travail doit être exactement capturée. » (traduction libre de l'anglais)

[954] V. cependant CA Paris, 17 décembre 2003, *D.* 2004, p. 1588 qui admet tout système fixation qui serait de nature à « permettre à un auteur de prouver *la consistance* de son œuvre » (nous soulignons). Ainsi il s'agirait de prouver la « consistance » d'une œuvre, et non son contenu entier.

En revanche, une décision (CA Paris, 18 mars 2018, n° 047/2018) semble considérer qu'une description écrite sommaire de chorégraphies (la « description littérale de ces œuvres dans les conclusions » de la demanderesse à la protection) ne suffit pas à les faire bénéficier de la protection car elle ne permettrait pas de reconnaître un éventuel apport de la personnalité de l'auteur.

[955] Art. L. 122-3 du CPI (nous soulignons).

[956] *Horgan v. MacMillan, Inc.,* 789 F.2d 157 (2d Cir. 1986).

[957] *Horgan v. MacMillan, Inc.,* 789 F.2d 157 (2d Cir. 1986), § 28.

Ce traitement différencié de la chorégraphie en droit d'auteur français peut être expliqué historiquement par une ancienne disposition de la Convention de Berne exigeant une fixation « par écrit ou autrement » pour les œuvres chorégraphiques et les pantomimes[958], qui subsiste dans certains droits nationaux[959]. Ainsi, comme le remarque Ysolde Gendreau, il peut paraître anachronique[960]. Cependant, il pourrait s'agir davantage que d'un simple vestige d'une disposition ancienne et nous semble peut-être révéler un certain rapport embarrassé du droit vis-à-vis du corps, notamment du corps de l'interprète.

Cette difficulté à protéger la chorégraphie, nous pouvons sans doute la relier à la conception personnaliste traditionnelle du droit d'auteur français. En effet, ce n'est pas le corps de l'artiste chorégraphe, auteur de l'œuvre, qui intervient dans l'interprétation. Or l'empreinte de la personnalité de l'auteur ne peut être passée dans une forme lorsque cette forme n'est pas un matériau passif mais un autre corps, celui de l'interprète, doté lui-même d'une personnalité. C'est pour cette raison que la fixation chercherait à distinguer la forme pure de la chorégraphe de sa forme interprétée – pour éviter l'interférence du corps et donc de la personnalité de l'interprète. Cette même problématique nous paraît se traduire dans le statut juridique de l'interprétation.

B. Le statut juridique de l'interprétation

La protection des arts vivants pose la question du statut de l'interprétation. L'un des principaux problèmes posés est la dichotomie imposée, en droit de la propriété littéraire et artistique, entre le chorégraphe ou le dramaturge considéré comme un auteur et les danseurs ou les comédiens qui sont des artistes-interprètes dont l'apport créatif est minimisé par le droit. Les artistes-interprètes bénéficient tout de même d'une certaine protection juridique par le biais d'un droit

958 Disposition supprimée en 1967.

959 Y. Gendreau, *op. cit.*, p. 155.

960 Y. Gendreau, *op. cit*, p. 159 : « L'anachronisme de cette position saute aux yeux quand on constate que, dans le même pays, une protection qui est subordonnée à la fixation, comme celle des œuvres chorégraphiques, des numéros et tours de cirque, et des pantomimes, côtoie une protection sans entraves pour les spectacles "son et lumière", voire pour les feux d'artifice. »

voisin au droit d'auteur. Introduit en 1985[961], ce droit voisin permet à l'interprète « qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes »[962] de bénéficier de droits patrimoniaux[963] et moraux[964] sur son interprétation. Ce droit voisin est fortement inspiré par le modèle du droit d'auteur[965] mais il est assorti de prérogatives réduites : sa durée est de cinquante ans à partir de l'interprétation et les droits moraux n'incluent pas de droit de repentir ni de divulgation. L'interprétation doit, pour être protégée, être de nature personnelle[966], ce qui rapproche encore ce droit voisin du droit d'auteur puisque ce critère n'est pas aisément distinguable de la notion d'originalité[967].

La question du statut juridique des interprètes se pose peut-être de façon plus aiguë en danse, de par le caractère largement dénué d'écrit de ce domaine artistique, davantage que dans les autres arts vivants tels que le théâtre et la musique. Il y a en effet dans la danse une utilisation plus directe du corps de l'interprète dans sa matérialité. Le mouvement dansé est incarné, fait chair à travers le corps du danseur, et il est modifié lorsqu'il est effectué par quelqu'un d'autre. Bien entendu, un même ballet peut être interprété par différents danseurs qui effectueront les mêmes gestes, mais la danse se confond à chaque fois avec son interprète qui en est la forme même[968].

En effet, des auteurs soulignent la porosité de la limite entre auteur et interprète, notamment dans la création chorégraphique contemporaine[969]. Les danseurs peuvent y tenir un rôle créateur, en particulier lorsqu'une pièce chorégraphique est créée pour et à partir de leurs corps particuliers. Il serait impossible, dans ce cas, de considérer les danseurs simplement comme les interprètes d'une chorégraphie créée préalablement et « placée » *a posteriori* sur leurs corps. En effet, les corps des danseurs, par leurs caractéristiques physiques ou leurs capacités

[961] Par la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle

[962] Art. L. 212-1 du CPI.

[963] Art. L. 212-3 du CPI.

[964] Art. L. 212-2 du CPI.

[965] Il s'agit d'ailleurs du des droits voisins au droit d'auteur à être assorti d'un droit moral. V. P. Tafforeau, « Le droit d'artiste-interprète, un droit de plus en plus voisin du droit d'auteur » *in D.* 2015, p. 2328.

[966] V. par ex. Cass. soc. 10 février 1998, 95-43.510 et Cass civ. 1ère, 6 juillet 1999, 97-40.572.

[967] V. B. Edelman, « Enquête sur le droit moral des artistes interprètes » *in D.* 1999, p. 240.

[968] En ce sens v. M. Arguel, « Le corps du danseur, création d'un instrument et instrument d'une création » i*n Danse, le Corps enjeu*, PUF, 1992, p. 203.

[969] V. Aurore Vinant, « Le danseur, interprète et/ou auteur ? » *in Recherches en danse,* n° 2, 2014.

techniques, influencent inévitablement une œuvre chorégraphique créée pour eux. Ce phénomène est encore accentué par les pratiques de beaucoup de chorégraphes qui, pendant le temps de création, demandent des propositions à leurs interprètes et en particulier s'inspirent de mouvements improvisés par leurs danseurs – voire se contentant d'en faire un agencement et une mise en scène particulière – pour créer la pièce finale. Les interprètes pourraient alors être fondés à se réclamer coauteurs de l'œuvre chorégraphiques qu'ils ont contribué à créer alors que leurs participations sont souvent occultées dans la pratique professionnelle[970].

Pour Mathilde Pavis, qui amène plus loin cette réflexion, l'interprète exerce une influence créatrice originale même sur une pièce (de théâtre ou de chorégraphie) classique dont le contenu est intangible, du fait même de l'apport de son corps[971]. Chaque interprétation est donc différente puisque l'interprète est toujours également créateur, ce qui est nié par les catégories traditionnelles du droit d'auteur. Pour l'auteure, de par son apport créateur spécifique, l'interprète devrait pouvoir voir son interprétation protégée par un *copyright*[972] – ce qui est exclu par le droit positif qui cantonne l'interprète à un statut subalterne en lui attribuant un droit voisin spécifique. Il ne s'agirait alors plus de reconnaître à l'interprète un statut de coauteur sanctionnant sa participation à la création originelle d'une œuvre théâtrale ou chorégraphique, mais de considérer l'interprétation elle-même comme une œuvre indépendante (mais dérivée) du texte ou de la chorégraphie sur laquelle elle s'appuie et protégeable en tant que tel[973].

Il nous semble en effet qu'en apportant son corps, l'interprète marque ainsi de sa personnalité l'œuvre interprétée. Comme le remarque Patrick Tafforeau « que la personnalité de l'artiste-interprète se manifeste toujours dans son interprétation » dans la mesure où l'interprète « prête à son art, sa voix, son visage, tout son corps »[974]. Les interprétations ne paraissent donc pas devoir suivre un régime de protection différent de celui du droit d'auteur. D'une part, le critère d'originalité est bien rempli, dès lors que l'empreinte de la personnalité de l'interprète peut être

---

[970] V. A. Vinant, *op.cit.* Cependant, selon la situation, ils pourraient aussi être considérés comme les contributeurs d'une œuvre collective dont le maître d'œuvre serait le chorégraphe.

[971] V. M. Pavis, *op.cit.*

[972] Le raisonnement est ici opéré en droit anglais, mais la question est transposable dans les autres systèmes juridiques.

[973] V. une décision de la Cour de cassation, antérieure à 1985, protégeant en tant qu'œuvre l'interprétation d'un musicien (Cass. civ 1ère, 4 janv. 1964, n° 57-11.300) et le commentaire approbatif de R. Badinter, « Le droit de l'artiste sur son interprétation (L'arrêt Furtwängler) » *in JCP G*, 1964, I, p.1844.

[974] P. Tafforeau, « La notion d'interprétation en droit de la propriété littéraire et artistique » in Propriétés Intellectuelles, n° 18, 2006, p. 54.

reconnue[975]. D'autre part, l'interprétation semble bien adopter une forme nouvelle et distincte de l'œuvre originelle – celle du corps de l'interprète[976]. Il semble alors que la différence de traitement entre auteurs et artistes-interprètes n'est pas justifiée par un moindre degré d'originalité ou d'expression. Ainsi, en niant que les interprètes puissent être des auteurs, le droit d'auteur nie la capacité créatrice de leurs corps.

C. La distinction de l'art corporel et des arts vivants

En droit français, l'article L. 112-2 du code de la propriété intellectuelle recense les genres artistiques qui sont susceptibles d'être protégés en mentionnant les œuvres dramatiques, chorégraphiques et plastiques (dessin, peinture, architecture, sculpture, gravure, lithographie) dans trois catégories distinctes. Certes, la liste formulée par le code n'est pas limitative ; les œuvres qui dépassent ou brouillent les catégories établies peuvent donc être protégées dès lors qu'elles s'expriment dans une forme originale. La classification de l'article L. 112-2 du code de la propriété intellectuelle n'est cependant pas sans effet. En premier lieu, il existe une conséquence directe à la qualification d'une œuvre comme œuvre chorégraphique : l'obligation de fixation qui s'applique spécifiquement à cette catégorie[977]. Cette liste peut également avoir une influence moins formelle, mais manifeste, sur la manière dont l'œuvre est perçue, par exemple sur les caractéristiques dans lesquelles on recherche son originalité. D'ailleurs, les ouvrages consacrés au droit d'auteur distinguent différents types d'œuvres (souvent les œuvres littéraires, sonores et visuelles) qui sont effectivement analysées différemment par la doctrine et examinées différemment devant les juridictions[978]. Une œuvre qui ne relèverait d'aucune

---

[975] Or, cette empreinte de la personnalité semble bien pouvoir se confondre, comme nous l'avons noté, avec le caractère personnel de l'interprétation, critère de protection par le droit voisins des artistes-interprètes.

[976] *Contra*, v. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.,* n° 56.

[977] Article L. 112-2 4°du CPI.

[978] Par exemple, H. Desbois (*La propriété littéraire et artistique*, Librairie Armand Colin, 1953, p. 12) distingue les domaines littéraire, figuratif et musical. C. Caron (*Droit d'auteur et droits voisins*, 5e éd., LexisNexis, 2017, p. 112 et s.) distingue les œuvres de l'écrit, la musique, l'art, le logiciel et le numérique et enfin les œuvres éphémères. P. Sirinelli liste les œuvres littéraires, musicales, artistiques et multimédias (*Propriété littéraire et artistique*, 3e éd, Dalloz, 2016, p. 23 et s.). M. Vivant et J.-M. Bruguière, (*op.cit.*, p. 173 et s.) distinguent les œuvres du langage, sonores, plastiques et issues du spectacle vivant.

Ces catégories ne sont évidemment pas présentées comme limitatives et ces auteurs reconnaissent qu'il existe des œuvres qui relèvent de plusieurs catégories, et parfois d'aucune catégorie. Cependant la mention systématique de

catégorie préétablie, même s'il elle pourrait être protégeable, s'avèrerait ainsi plus difficile à appréhender.

La question du rattachement des performances à un genre artistique historiquement reconnu (arts plastiques, théâtre ou chorégraphie) est donc indépendante de la possibilité de protéger ces œuvres mais peut influer sur leur perception par les juridictions, et en particulier sur les éléments qui seront pris en compte dans la protection. Par exemple, si la performance est perçue comme une œuvre dramatique, il est possible de penser qu'un juge s'attachera davantage au texte prononcé par l'artiste, tandis que si elle est considérée comme une œuvre chorégraphique, la description des mouvements effectués aura plus d'importance et que s'il s'agit d'une œuvre d'art plastique, l'effet visuel (constitué notamment des éventuels décors, accessoires, etc.) sera primordial. Nous pouvons ainsi nous interroger sur la pertinence de protéger les œuvres d'art corporel en les considérant comme des pièces de théâtre ou de danse alors que le modèle des arts de la scène est souvent rejeté par les artistes de performance. En protégeant la composante de chorégraphie ou de théâtre d'une performance, le droit d'auteur peut-il la saisir adéquatement ?

L'art corporel entretient historiquement des liens étroits mais conflictuels avec les arts de la scène. Le genre est historiquement né comme une branche des arts visuels et ses créateurs sont souvent des artistes plasticiens. Certains expriment même un rejet explicite du modèle théâtral qui serait à l'opposé des principes de la performance ou du *happening*[979]. Pourtant, les performances ressemblent parfois à du théâtre ou à de la danse. Certains danseurs et chorégraphes ont d'ailleurs été très tôt associés aux expérimentations sur la performance, à l'exemple de Merce Cunningham (et plus largement du courant de la nouvelle danse américaine), très lié au mouvement Fluxus.

Plus significatif encore, certaines formes contemporaines de théâtre ou de danse sont fortement influencées par l'art contemporain et la performance, à tel point que les frontières entre genres artistiques peuvent apparaître totalement poreuses. Ainsi l'historienne de l'art Rose Lee Goldberg note un rapprochement, à partir du début des années 1980, entre performance et arts

---

différentes grandes catégories d'œuvres nous paraît révéler l'importance de ces cadres de pensée dans la façon d'appréhender des œuvres.

[979] V. A Kaprow, « Les happenings sur la scène new-yorkaise » *in* A. Kaprow, *L'art et la vie confondus*, Editions du Centre Pompidou, 1996, p. 47-57, texte dans lequel l'auteur pointe les quatre caractéristiques essentielles des *happenings* qui les distinguent, selon lui, des pièces de théâtre : le contexte de création et de représentation, la place essentielle de l'improvisation, l'importance moindre des mots et le caractère éphémère.

de la scène, permettant aux artistes d'emprunter aux deux domaines afin de créer un « nouvel hybride »[980]. Il est ainsi impossible de distinguer une pièce de Jérôme Bel, un des chorégraphes principaux du courant de la non-danse, d'une performance[981] : les danseurs y sont souvent des amateurs, il n'y a parfois pas de chorégraphie préétablie (ou seulement une trame laissant la place à l'improvisation), les mouvements, très simples, peuvent être inspirés de gestes du quotidien, etc. Il semblerait que les seuls indices permettant de classer ces créations dans le domaine de la danse sont dans la biographie du chorégraphe (son passé de danseur) et, surtout, dans le contexte de présentation au public. Les représentations des pièces de Jérôme Bel ont lieu dans des théâtres et non des galeries ou des musées[982] et, programmées pour plusieurs jours, ne relèvent pas d'une logique de l'événement.

De fait, les quelques décisions judiciaires qui protègent des œuvres d'art corporels les assimilent souvent à des œuvres des arts vivants[983]. C'est le cas notamment dans une décision récente du tribunal de grande instance de Paris qui concernait la publication, dans un magazine de mode, de photographies inspirées par deux performances d'Yves Klein[984]. Dans la première des performances revendiquées, *l'Anthropométrie de l'époque bleue* réalisée en 1960, Yves Klein a utilisé les corps de trois modèles – qualifiées dans le jugement de « danseuses » – enduits de peinture bleue pour réaliser un tableau qui consiste en l'empreinte, sur une feuille blanche, de leurs formes corporelles. Cette action fut réalisée lors d'une cérémonie fortement ritualisée (présence d'un public en tenue de soirée, d'un orchestre jouant une seule note de musique, etc.).

---

[980] R. Goldberg, *La Performance : Du futurisme à nos jours,* Thames & Hudson, 2012, p. 195, à propos du théâtre : « Le retour aux beaux-arts traditionnels d'une part et, d'autre part, l'exploitation des métiers traditionnels du théâtre offrirent en effet aux artistes de performance la possibilité d'emprunter aux deux pour créer un nouvel hybride. Le « nouveau théâtre » avait à présent le droit d'inclure toutes les techniques et tous les médias, d'utiliser la danse ou le son pour exprimer une idée, voire d'insérer un film au milieu d'un texte, comme dans Dreamland Burns (1986) du Squat Theater. Inversement, la « nouvelle performance » fut autorisée au raffinement et put emprunter la structure de la narration propre au théâtre, comme dans Café Vienna (1984) de James Neu […] D'autres œuvres […} furent par la suite donnés aussi souvent dans le circuit de la performance que dans celui du théâtre. »

[981] I. Etchells, « More and More Clever Watching More and More Stupid » *in Live*, Tate Publishing, 2004, p. 198. A propos d'une pièce célèbre du chorégraphe intitulée *The Show Must Go On* (2001), il exprime la parenté de Jérôme Bel avec les arts plastiques en général et avec la performance en particulier : « Formé en tant que chorégraphe, Bel semble avoir inventé quelque chose qui pourrait être décrit comme de la sculpture conceptuelle fondée sur le temps » (traduction libre de l'anglais).

[982] Ceci même est à relativiser. Ainsi des vidéos de spectacles de Jérôme Bel ont été présentées lors de biennales d'art contemporain et dans des musées, notamment au Centre Pompidou, à la Tate Modern à Londres et au MoMA à New York. De plus, la pièce d'anthologie *Jérôme Bel,* créée en 1995, a fait l'objet d'une nouvelle représentation en 2014 au Musée du Louvre.

[983] V. TGI Paris, 3 décembre 2010, n° 08/08953.

Le même phénomène peut être constaté dans la doctrine. Ainsi, J. Ickowicz traite aussi des performances dans la partie de son ouvrage consacrée à la chorégraphie (*op. cit.,* p. 490 et s.).

[984] TGI Paris, 20 mai 2011, 10/01454.

Pour la seconde performance, *Yves Klein réalisant des peintures au feu* réalisée en 1961, l'artiste maniait un brûleur émettant de puissantes flammes de gaz qui lui servait à produire des formes sur des supports de carton afin de réaliser des *Peintures de feu*. En l'occurrence, ces deux œuvres sont à rapprocher d'œuvres « hybrides ou cumulatives »[985] telles que celles du *gutai* ou l'*action painting*. En effet, leur processus de création relève de la performance de par l'engagement corporel de l'artiste ou de ses modèles, mais ce processus produit aussi un résultat final qui est un tableau[986]. Cependant, le droit d'auteur était ici revendiqué uniquement sur les performances en elles-mêmes et non sur les œuvres en résultant.

Le tribunal a considéré que la performance « relève à la fois de l'art contemporain et du spectacle vivant » et, surtout, il s'est fondé, pour protéger les deux performances décrites, sur l'article L. 112-2 4° du code de la propriété intellectuelle qui vise les œuvres chorégraphiques. Cependant, au-delà de cette définition de la performance comme chorégraphie, le tribunal n'a pas appréhendé les deux œuvres protégées comme on s'attendrait à ce que le soient des œuvres chorégraphiques. Pour conclure à leur originalité, les juges n'ont ainsi pas recherché des éléments caractéristiques de la personnalité de l'auteur dans les mouvements effectués par les modèles ou par lui-même, mais dans des éléments relevant davantage de la mise en scène (costumes, décors, accessoires, etc.)[987]. Le tribunal effectue donc un mélange entre chorégraphie et mise en scène qui permet effectivement de décrire un certain nombre de performances qui ne se limitent pas à un de ces aspects. D'ailleurs les demandeurs, ayants droit de Klein, avançaient devant le tribunal qu'une performance peut se définir comme une « chorégraphie complexe et ritualisée, basée sur une mise en scène faisant l'objet de nombreuses répétitions »[988].

---

[985] L'expression est utilisée par P. Ardenne à propos des œuvres du mouvement *gutai* dans *L'Image Corps*, Editions du Regard, 2001, p. 201.

[986] Ainsi le célèbre tableau d'Y. Klein *Anthropométrie de l'époque bleue (ANT 82)*, qui appartient au Centre Pompidou, est le résultat d'une performance de l'artiste.

[987] La question de possibilité de protéger une mise en scène comme œuvre de l'esprit a pu se poser. Ainsi selon Desbois, il ne s'agirait pas d'une œuvre protégeable mais seulement d'une interprétation. V. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, n° 184.

Cependant, la mise en scène est, depuis lors, largement acceptée comme une œuvre protégeable à part entière. V. par exemple P. Le Chevalier, « Pour une protection des mises en scène théâtrales par le droit d'auteur » *in RIDA*, n° 146, 1990, p. 19-123.

[988] La qualification de mise en scène semble ici plus convaincante que celle de chorégraphie : les gestes réalisés sont simples (consistant par exemple à se presser contre une toile), utilitaires (puisqu'ils visent ici à produire le tableau) et ne constituent pas le principal attrait de la performance. De plus, en l'espèce ce ne sont pas les gestes qui ont été protégés, puisque ceux-ci n'ont pas été repris dans la photographie de mode – qui est évidemment une image fixe – contrairement aux éléments visuels de mise en scène.

Cependant, malgré une proximité certaine, l'art corporel ne peut être considéré comme équivalent à sa composante « arts de la scène ». Bien entendu, certaines actions ne pourraient tout simplement pas entrer dans les catégories de la danse ou du théâtre. Mais bien qu'une performance puisse comporter des gestes comme de la danse et des paroles comme du théâtre, elle sera à la fois plus et moins que de la danse et du théâtre. Plus, car la performance est plus étendue. En tant qu'expérience elle englobe dans l'œuvre d'art des composantes qui ne font pas partie des arts de la scène : contexte de la présentation, présence et réaction du public, etc. Moins, parce que la performance est une action en cours et qu'elle ne s'incarne pas dans un résultat fini – il n'y a d'ailleurs pas de résultat fini.

Or ces différences sont fondamentales, en ce qu'elles font obstacle à ce qu'une performance soit réitérée comme peut l'être une œuvre relevant de la danse ou du théâtre. Dans ces deux champs, l'œuvre dans son ensemble a la possibilité d'être fixée par écrit (dans une version indépendante d'interprètes particuliers) puis reproduite – bien que cette possibilité ne soit de fait pas exploitée en matière chorégraphique pour ce qui concerne la fixation. Ce qui fait le cœur de la performance, à savoir l'expérience du spectateur, est précisément ce qui ne peut être ni fixé ni reproduit. Les seuls éléments réitérables de la performance (sa mise en scène, un éventuel texte et une éventuelle chorégraphie) en constituent des éléments presque accessoires, et représentent précisément le point de jonction entre performance et arts vivants. Nous devons d'ailleurs préciser que cette absence de réitérabilité de la performance dans sa dimension d'expérience, et donc l'absence de protection de cette dimension, ne pose pas forcément problème – ne semble en tout cas pas empêcher l'exploitation de telles œuvres –, et ne doit pas nécessairement être considérée comme un défaut du droit d'auteur.

Paragraphe 2. La relation d'ambiguïté entre l'œuvre corporelle et son image

Le caractère éphémère et non réitérable des œuvres de performance rend difficile la question de leur mémoire. Ainsi, pour conserver une archive des actions passées – certaines revêtant une grande importance pour l'histoire de l'art – il est nécessaire de s'en référer aux traces que celles-ci ont laissé, puisque l'action elle-même ne peut être ressaisie une fois passée. Ce sont ces

mêmes traces qui permettent l'exposition au public de performances historiques et, nous le verrons ultérieurement, leur mise en circulation sur le marché de l'art.

En effet, l'art corporel, bien qu'éphémère, peut laisser des documents qui revêtent une importance toute particulière. La performance est une expérience partagée par l'artiste et par un public restreint, ce qui pose la question de la mémoire, de la conservation et de la diffusion des créations. Or, c'est seulement sous forme de traces (enregistrements vidéographiques, photographies, récits de personnes présentes ou de l'artiste lui-même) que les performances peuvent être exposées dans des institutions muséales et connues des historiens de l'art[989].

Il est alors possible de s'interroger sur le rapport que ces traces de la performance entretiennent avec la performance originelle. Cette interrogation est particulièrement intéressante lorsqu'elle recoupe une réflexion plus large concernant le rapport (symbolique et juridique) de l'image – qui constitue le média de documentation privilégié des performances – avec le corps que celle-ci représente. Interroger la relation du corps à son image amène à distinguer deux positions possibles selon que l'on considère que la performance réalisée par le corps de l'artiste doit être distinguée de l'image qui peut en être tirée (A) ou qu'existe au contraire entre ces deux éléments une relation de continuité, voire d'identité (B).

A. L'indépendance entre le corps et son image

Une première position considère que la performance ne peut être représentée. En tant qu'elle est toujours une expérience nécessitant la présence physique de l'artiste de performance, l'œuvre corporelle met ontologiquement en échec toute tentative d'en rendre compte par l'image[990]. La performance revêt ainsi une plus grande importance que sa documentation,

---

[989] Sur le sujet de la performance dans sa relation à l'archive et aux traces documentaires, v. J. Bégoc, N. Boulouch et E. Zabunyan (dir.), *La performance, Entre archives et pratiques contemporaines,* Presses universitaires de Rennes, 2011.

[990] V. P. Phelan, *Unmarked: The Politics of Performance,* Psychology Press, 1993, p. 146 : « *Performance's only life is in the present. Performance cannot be saved, recorded, documented, or otherwise participate in the circulation of representations of representations: once it does so, it becomes something other than performance. To the degree that performance attempts to enter the economy of reproduction it betrays and lessens the promise of its own ontology. Performance's being, like the ontology of subjectivity proposed here, becomes itself through disappearance* ».

puisque la seule modalité par laquelle il est possible de la connaître pleinement est d'avoir été présent lors de sa réalisation[991] ; elle constitue l'œuvre d'art de manière entière et ne dépend aucunement de la photographie ou de la vidéographie pour exister. Ainsi, s'il peut y avoir une trace photographique ou vidéographique de la performance, cette trace ne peut être qu'un document indépendant de l'œuvre elle-même, ayant éventuellement pour fonction de raviver la mémoire de l'événement[992] ou d'attester de son accomplissement[993].

Une conséquence possible, et quelque peu paradoxale, de cette théorie qui entend plutôt nier l'importance de la documentation de la performance par rapport à l'acte lui-même serait d'individualiser, notamment juridiquement, le travail du photographe par rapport à celui de l'artiste d'art corporel. Puisqu'il est impossible d'enregistrer objectivement la performance par la photographie ou la vidéographie, il faut en déduire que l'image qui la documente répond à son propre processus de création : qu'elle ne présente pas le corps du *performer* de façon neutre mais à travers le regard du photographe ou du vidéographe[994] et qu'elle est susceptible, pour le droit d'auteur, de constituer une œuvre distincte ayant un auteur différent de l'artiste de performance.

En effet, si l'on admet que le rapport de la performance initiale à son image n'est qu'un rapport ténu de documentation, il est logique pour le droit d'auteur de les considérer comme deux œuvres distinctes. L'enregistrement pourrait alors constituer une œuvre composite dérivée de la performance puisqu'il la reproduit, ce qui implique que le photographe ou le vidéographe doit avoir obtenu l'autorisation préalable de l'artiste de performance pour réaliser et exploiter ses images[995]. Ce photographe ou vidéographe demeure cependant *a priori* le seul auteur de l'œuvre dérivée.

---

[991] Ce qui pose le problème des historiens désireux de travailler sur une performance sans y avoir été présents, qu'évoque A. Jones Amelia Jones, « 'Presence' in Absentia: Experiencing Performance as Documentation » *in Art Journal*, vol. 56, n° 4, 1997, p. 16.

[992] P. Phelan, *op. cit* : « *The document of a performance then is only a spur to memory, an encouragement of memory to become present* ».

[993] C'est le cas des photographies des performances de Chris Burden. V. P. Auslander, « The Performativity of Performance Documentation » *in PAJ: A Journal of Performance and Art,* vol. 84, 2006, p. 1-10

[994] N. Boulouch et E. Zabunyan notent à propos notamment de la documentation des performances de Gina Pane dans l'introduction de leur ouvrage (J. Bégoc, N. Boulouch et E. Zabunyan (dir.), *op. cit.,* p. 15 : «Procédant par un cadrage de l'action à travers leurs viseurs, photographe et vidéaste élaborent une double lecture de l'action dans laquelle l'image est toujours le résultat d'une sélection arbitraire : elle véhicule un point de vue. Souvent établi en concertation, comme c'est le cas pour Gina Pane, celui-ci sert autant le projet de l'artiste qu'il peut lui échapper. Car comme Dany Bloch le note avec acuité, la vidéo est passive mais pas neutre : "la caméra tenue par une main créatrice, [imprime] sa propre lecture aux gestes du corps" ».

[995] V. les art. L. 113-2 al. 2 et L. 122-4 du CPI.

L'affaire judiciaire ayant opposé l'artiste d'art corporel Marina Abramovic au réalisateur Pierre Coulibeuf permet d'illustrer ce rapport d'indépendance de la performance à sa documentation. En 1999, Pierre Coulibeuf réalisa un film documentaire intitulé *Balkan baroque* ayant pour sujet la pratique artistique de Marina Abramovic et comprenant des captations d'images de plusieurs de ses performances[996]. Le film fut ensuite exploité, et notamment exposé dans des galeries et musées sous forme d'installation vidéographique, sans l'accord de Marina Abramovic et sous le seul nom de Pierre Coulibeuf. L'artiste de performance saisit alors le tribunal de grande instance de Paris. La question qui se posait au tribunal concernait principalement le statut d'auteur de l'œuvre vidéographique : le réalisateur se considérait comme seul auteur du film, Marina Abramovic étant artiste-interprète, tandis qu'elle-même souhaitait voir reconnaître une violation de ses droits patrimoniaux en tant qu'auteure des œuvres préexistantes de performance[997].

Le tribunal, dans un jugement datant de 2010[998], retint effectivement que le film réalisé par Pierre Coulibeuf était « pour sa majeure partie composé de l'adaptation [des] performances »[999] de Marina Abramovic, reconnaissant ainsi à cette dernière le statut d'auteure d'une œuvre préexistante. Or, en raison de l'article L. 113-7 alinéa 3 du code de la propriété intellectuelle[1000] qui, dans le cas d'une œuvre audiovisuelle, assimile l'auteur de l'œuvre originaire adaptée aux auteurs de l'œuvre nouvelle, Marina Abramovic fut reconnue coauteure du film *Balkan baroque*[1001].

Le tribunal a retenu que l'enregistrement vidéographique – qui en l'occurrence, montrait un véritable apport du réalisateur – était une œuvre adaptative, et donc que son exploitation non autorisée par l'auteure de l'œuvre originelle, Marina Abramovic, était contrefaisante. Le tribunal a bien reconnu, dans les performances de Marina Abramovic et le film Pierre Couliboeuf, deux œuvres successives distinctes[1002] – même si en l'occurrence, du fait des

[996] À noter que ces performances avaient d'ailleurs été « rejouées » à l'occasion du documentaire, et non filmées au moment de leur première exécution en public.

[997] Elle souhaitait également se voir admise comme scénariste de l'œuvre vidéographique nouvelle.

[998] TGI Paris, 3 décembre 2010, n° 08/08953.

[999] *Ibid.*

[1000] Qui dispose que lorsque l'œuvre audiovisuelle est tirée d'une œuvre ou d'un scénario préexistant encore protégé, les auteurs de l'œuvre originaire sont assimilés aux auteurs de l'œuvre nouvelle.

[1001] En outre, elle fut également reconnue coauteure du scénario de ce film en raison de la mention de son nom en tant que scénariste au générique du film.

[1002] Ce qui incidemment nous indique que les performances de M. Abramovic sont bien considérées comme des œuvres originales.

dispositions spécifiques aux œuvres audiovisuelles, Marina Abramovic est également considérée coauteur de l'œuvre nouvelle.

Cette distinction entre la performance initiale et sa documentation est également effectuée, quoi que d'une façon moins explicite, par la même juridiction à propos de deux performances d'Yves Klein[1003]. La juridiction avait été saisie par les ayants droit d'Yves Klein, d'une action en contrefaçon contre un magazine de mode ayant publié des photographies inspirées de ces performances. Le défendeur avançait que les demandeurs ne pouvaient revendiquer de droit d'auteur sur les performances elles-mêmes mais seulement sur les enregistrements (photographies et vidéogrammes) de ces dernières. Or, ces enregistrements constituant, selon l'argument avancé, des œuvres de collaboration, tous les auteurs (y compris les photographes et réalisateurs) devaient être mis en cause selon l'article 113-3 du code de la propriété intellectuelle. Cela n'avait pas été fait ici, rendant, selon la position du défendeur, la demande irrecevable. Le tribunal refusa d'accueillir cet argument en considérant bien les performances d'une part et ses enregistrements d'autre part comme deux œuvres distinctes. Il a ainsi noté que les demandeurs « ne revendiqu[aient] pas en l'espèce de droits d'auteur sur des enregistrements vidéos ni sur des photographies mais bien sur deux performances chorégraphiques, lesquelles peuvent être définies comme étant des actions artistiques relevant à la fois de l'art contemporain et du spectacle vivant » – performances desquelles Yves Klein était bien le seul auteur.

Le cadre juridique de l'œuvre composite semble suivre un schéma clair, comme le relève Édouard Treppoz[1004], et qui paraît traduire avec acuité le processus de documentation de la performance : une œuvre de performance est créée par un auteur et elle est photographiée (ou filmée) par un autre. Toutefois, ce schéma ne correspond pas toujours aux pratiques artistiques, ni aux développements récents de tout un pan de l'histoire de l'art.

[1003] TGI Paris, 20 mai 2011, 10/01454.

[1004] Ainsi, à l'occasion d'un commentaire de la décision Sorbelli évoquée plus bas dans laquelle la photographie d'une performance est qualifiée par la cour d'appel de Paris d'œuvre de collaboration entre le *performer* et la photographe : « Or, une telle indivisibilité [celle qui caractérise les apports dans une œuvre de collaboration] ne semble pas s'imposer en l'espèce. La performance existe indépendamment des photographies de Mlle Yoshida, comme le prouve l'existence d'une première série de photographies, prises par un autre photographe, intitulées "*première tentative de rapport avec un chef-d'œuvre*". L'indivisibilité doit alors résulter de la contribution de l'auteur de l'œuvre originelle, ici l'artiste, à l'œuvre seconde, la photographie. En l'absence d'une telle contribution, l'œuvre seconde est une œuvre composite et non une œuvre de collaboration. » (E. Treppoz, « L'art contemporain entre droit d'auteur et droit à l'image » *in D*. 2005, p. 1237).

B. La continuité entre le corps et son image

Plusieurs historiens de l'art qui travaillent sur les œuvres corporelles et les performances postulent l'existence d'une continuité, voire d'une identité, entre le corps de l'artiste et l'image (photographique en particulier) qui le représente[1005]. Cela suppose que l'aura du corps de l'artiste se transmette à l'image photographique. Sur le plan théorique, ces travaux s'appuient notamment sur les écrits de Barthes[1006] pour avancer l'idée d'une certaine transparence ou neutralité du média photographique[1007]. À cela s'ajoutent des considérations sur la conservation des œuvres et sur le fait que les images peuvent adéquatement remplacer la présence de l'artiste pour permettre au public comme aux historiens de l'art de connaître de performances passées[1008]. Enfin, l'étude des pratiques de certains artistes permet de constater que ces derniers intègrent parfois la photographie comme une partie de l'œuvre, et ce dès les premières réflexions préparatoires, ce qui peut en faire une partie intégrante de l'œuvre[1009] – et pas uniquement une documentation reléguée au second plan.

Traduite en droit d'auteur, cette théorie rend peu logique la distinction de deux œuvres, la performance et la photographie, produites par deux auteurs différents. De plus les artistes qui considèrent la photographie comme une partie inséparable de leur œuvre d'art corporel peuvent, de fait, intervenir très précisément dans la fabrication de l'image. Gina Pane, par exemple, prévoyait les photographies de ses performances à l'aide de croquis préalables qui précisaient l'angle et le cadrage ainsi que le moment de la prise de vue et semblait ne laisser presque aucun espace de liberté à sa photographe[1010]. Ainsi, l'artiste de performance pourrait être considéré

[1005] V. pour une synthèse de ce courant de théorique : S. Delpeux, *Le corps-caméra : Le performer et son image*, Textuel, 2010.

Ces débats ne sont d'ailleurs pas sans rappeler certaines questions qui se sont posées aux juristes concernant le droit à l'image des biens : Quelle relation unit un objet et son image ? L'image d'un bien constitue-t-elle la continuité de ce bien ? En est-elle l'une des utilités ? Sur le sujet, v. not. V.-L. Benabou, « La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image » *in Droit et patrimoine*, 2001, n° 91, p. 84.

[1006] Notamment R. Barthes, *La chambre claire. Note sur la photographie*, Gallimard, 1980. V. aussi par exemple l'article « Le message photographique » (1961*) in L'Obvie et l'obtus. Essais critiques II*I, Seuil, 1982, p. 12, dont S. Delpeux note qu'il est utilisé par Gina Pane pour justifier de la neutralité des images de ses performances (*op. cit.,* p. 84).

[1007] Par exemple K. O'Dell, « Displacing the Haptic: Performance Art, the Photographic Document, and the 1970s » *in Performance Research: A Journal of Performing Arts*, vol. 2, n°1, 1997, p. 73-81.

[1008] V A. Jones, *op. cit*., et P. Auslander, *op.cit.*

[1009] V. S. Delpeux sur les méthodes de travail de Gina Pane et son rapport à la photographie : *op. cit*., p. 81 et s.

[1010] *Ibid.*

comme auteur et de la performance elle-même et de ses photographies s'il est établi que le photographe suivait des instructions strictes de manière à n'effectuer aucun travail créatif. Dans ce cas, il serait en effet un prestataire de services techniques et non pas un auteur. Cela correspond à la pratique majoritaire dans le monde de l'art puisque les documents des performances sont exposés (et vendus) sous le seul nom de l'artiste *performer*[1011].

C'est cette solution qui a été retenue par le tribunal de grande instance de Paris qui avait été saisie par l'artiste plasticien Philippe Ramette estimant son travail repris sans son autorisation dans des photographies utilisées pour une campagne publicitaire[1012]. M. Ramette effectue des œuvres qu'il considère comme « un mélange de sculptures, de performances artistiques et un travail minutieux de mise en scène »[1013] qui montrent son corps dans des positions défiant la gravité. Ces positions corporelles ne sont pas, selon l'artiste, le résultat de retouches photographiques mais ont véritablement été atteintes à l'aide de dispositifs mécaniques sophistiqués. Ainsi, le travail de cet artiste, de par son engagement corporel personnel, s'apparente de près à l'art de performance. En revanche, ces performances ont lieu sans public et ne sont diffusées que par le biais de leur documentation photographique.

En l'espèce, le défendeur demandait au tribunal de déclarer irrecevable l'action du demandeur en ce que ce dernier n'aurait pas été l'unique auteur des clichés. Or, selon l'artiste « certes il ne prend pas les photographies, puisqu'il figure sur elles, mais [le photographe] n'est qu'un simple prestataire technique, puisque [lui-même] définit précisément notamment à l'aide de croquis préparatoires le cliché qui doit être pris ». En outre, le photographe confirmait l'aspect purement technique de son travail. Ces circonstances ont amené le tribunal à reconnaître M. Ramette comme unique auteur des photographies de ses performances.

Cependant, il paraît dans la majorité des cas difficile d'exclure totalement un apport créatif du photographe. Sauf à ce que l'artiste *performer* prévoie seul, comme cela semble avoir été le cas ici, tous les aspects de l'image finale, le photographe disposera d'une certaine marge de manœuvre. C'est pourquoi la qualification d'œuvre de collaboration peut aussi s'appliquer si l'artiste et le photographe ont tous deux contribués à obtenir l'image[1014], c'est-à-dire ont décidé

[1011] V. *infra* p. 310 et s.

[1012] TGI Paris, 28 oct. 2009, n° 08/08788. La contrefaçon n'a pas été retenue en l'espèce car l'artiste ne pouvait s'approprier « des photographies représentant des personnages placés en apesanteur », celles-ci ne constituant qu'un thème et non une œuvre protégeable.

[1013] Cité dans le jugement précité.

[1014] Art. L. 113-2 du CPI.

tous les deux de la composition, du cadrage, de l'angle de la prise de vue, de l'éclairage, etc. Il faudrait cependant pour cela qu'ils aient agi sous l'impulsion d'une « communauté d'inspiration »[1015]. Cette situation peut certes se rencontrer ; toutefois la seule décision qui a effectivement retenu la qualification d'œuvre de collaboration, dans l'affaire Sorbelli, n'a pas forcément utilisé cette notion de façon rigoureuse[1016].

L'artiste Alberto Sorbelli avait réalisé, en 1997, une performance intitulée *Tentatives de rapport avec un chef-d'œuvre* pour laquelle il était travesti dans le musée du Louvres. Il s'était fait à cette occasion photographier devant la Joconde. Les prises de vues ont été réalisées par une photographe, Kimiko Yoshida, qui a ensuite diffusé ces images dans plusieurs catalogues sous un titre différent de celui que l'artiste de performance avait choisi, sans mention du nom de Sorbelli ni autorisation de ce dernier. Ayant porté l'affaire devant les tribunaux, ce dernier espérait se voir reconnaître la qualité de seul auteur des photographies de sa performance. Il estimait en effet que ces photographies ne faisaient que documenter la performance dont il était l'auteur. Selon l'artiste, la photographe n'aurait alors eu qu'un rôle d'exécutant puisque c'est lui-même qui, en réalisant sa performance, aurait imposé la mise en scène et la composition de l'image[1017]. La cour d'appel de Paris ne lui a donné que partiellement raison, en le reconnaissant coauteur de la photographie, qui est considérée comme une œuvre de collaboration entre lui et la photographe. En effet, la cour a considéré qu'il y avait eu une collaboration « en ce que M. Sorbelli a imposé son choix dans la composition et la mise en scène du sujet, tandis que la photographe a imposé son choix dans le cadrage, les contrastes et la lumière ». Ainsi, l'artiste n'était pas parvenu à prouver qu'il avait donné des instructions techniques assez précises quant à la réalisation de l'image qui auraient justifié qu'il soit considéré comme son unique auteur.

La qualification d'œuvre de collaboration paraît ici techniquement assez critiquable[1018]. En effet, une œuvre de collaboration se caractérise par une création faite en commun. Or, en

---

[1015] Selon la célèbre formule de Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Paris, D. 1978, 3ème éd., n°133.

[1016] CA Paris, 3 décembre 2004, n° 04-06726.

[1017] *Ibid.* Sorbelli avançait devant la cour que « c'est à son initiative et en raison de l'existence de sa création, puisqu'il s'agissait, lors de cette prise de vue, de réaliser son portrait "en situation", que la photographe a pu fixer des moments de cette création ».

[1018] En ce sens : E. Treppoz, « L'art contemporain entre droit d'auteur et droit à l'image » *in D.* 2005, p. 1237 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2013, n° 217 ; J. Ickowicz, *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Les presses du réel, 2013, p. 503.

On peut par ailleurs tout à fait imaginer que le *performer* puisse être d'une part auteur de la performance et d'autre part coauteur de la photographie (en décidant, avec le photographe, des caractéristiques de celle-ci : éclairage, cadrage, etc.) mais cela ne semble pas être le cas ici.

l'espèce, il ne semble y avoir eu de véritable concertation entre Alberto Sorbelli et sa photographe – au contraire il apparaîtrait plutôt que Sorbelli, en fait de mise en scène et de composition, n'a fourni que le sujet des clichés[1019], c'est-à-dire sa performance. Ainsi, pour certains auteurs, il aurait fallu qualifier la photographie d'œuvre composite[1020]. Cette qualification aurait pu effectivement mieux rendre compte du processus créatif qui a abouti aux photographies en cause puisqu'il semble bien y avoir eu des œuvres distinctes : la performance d'une part et les photographies qui en dérivent de l'autre. Toutefois, si en qualifiant les photographies d'œuvres composites, la cour aurait pu décrire plus précisément le processus de création, les conséquences qu'aurait eue cette qualification nous paraissent insatisfaisantes. En effet, Sorbelli, en tant qu'auteur d'une œuvre originelle dont les photographie sont dérivées, aurait eu un pouvoir de contrôle moindre sur ces dernières. Par exemple, Kimiko Yoshida, seule auteure de ces œuvres dérivées, aurait pu décider seule de leur titre[1021]. Cela ne nous paraît pas forcément désirable lorsque le principal intérêt artistique – et sans doute commercial – de ces images est le fait qu'elles constituent une trace de la performance initiale réalisée par Sorbelli.

Puisque l'intérêt principal de ces images tient indubitablement dans la performance qu'elles reproduisent, une autre solution aurait été d'accueillir la demande de Sorbelli et de le reconnaître comme seul auteur des photographies, faisant de Kimiko Yoshida un simple prestataire technique. C'est la solution défendue par Judith Ickowicz qui regrette que le qualificatif d'œuvre de collaboration vienne « dénier la prééminence de l'apport créatif d'Alberto Sorbelli sur celui de la photographe »[1022]. Cependant, cette prééminence de l'apport créatif de Sorbelli dans la photographie – puisqu'ici il ne s'agit que de la photographie – ne ressort pas de la lecture de l'arrêt[1023]. En fin de compte, la qualification d'œuvre de

---

[1019] Ce même si Alberto Sorbelli était, comme il l'avance devant la cour » un sujet actif, qui ne répondait pas aux injonctions de la photographe mais décidait de ses propres poses.

[1020] M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.,* n° 217.

[1021] Elle aurait pu, du moins, choisir seule le titre de ses photographies sous réserve que celui-ci ne contrevienne pas au droit au respect de l'œuvre dont dispose l'artiste de l'œuvre première (Sorbelli en l'occurrence).

Il faut noter qu'en l'occurrence, la photographe n'a pas été condamnée pour violation du droit moral de Sorbelli parce que titre sous lequel elle avait exploité les photographies était très proche de celui qui avait été choisi à l'origine par l'artiste.

Toutefois, Sorbelli en tant que coauteur de l'œuvre photographique, dispose d'un droit moral sur cette œuvre dérivée, et non pas uniquement sur l'œuvre première qu'est sa performance. Ce droit sur l'œuvre dérivée peut faire une différence sur des questions telles que celles du choix du titre.

[1022] J. Ickowicz, *op. cit.,* p. 503.

[1023] Selon J. Ickowicz, *op. cit.,* p. 505 : « la condition d'originalité faisant apparemment défaut en l'espèce ». Elle nous paraît toutefois caractérisée par les éléments relevés par la cour : le choix du cadrage, les effets de lumières et les retouches qui, bien qu'intervenant après la prise de vue, participent de l'aspect final des images.

collaboration, si elle ne rend pas exactement compte du processus de création, permet néanmoins d'appliquer à l'œuvre un régime d'exploitation qui paraît équitable, dans lequel les deux auteurs bénéficient de droits égaux sur l'œuvre[1024]. Il semble qu'en l'état du droit, aucune solution entièrement satisfaisante ne permet, lorsque le corps de l'artiste est représenté sur une photographie, de rendre compte de la présence créatrice de ce corps.

Plusieurs auteurs critiquent également le silence de la décision sur la protection de la performance elle-même. Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière regrettent ainsi une « occasion manquée de la cour d'appel de Paris » de reconnaître la performance comme œuvre protégeable[1025]. Certes, la question qui était soumise à la juridiction était bien celle de la titularité des droits sur les photographies, et non sur la performance initiale d'Alberto Sorbelli. Toutefois, il est vrai que la cour évite d'évoquer la protection de la performance et se garde de répondre, par exemple, à l'argument avancé par Sorbelli selon lequel « son œuvre consiste dans des "performances" devant des œuvres d'art, aussi bien sous forme d'action que, sous forme de portrait mis en scène par lui ». Cela peut d'ailleurs expliquer pourquoi elle a favorisé la qualification d'œuvre de collaboration sur celle d'œuvre composite qui l'aurait obligée à se prononcer sur la protection de la performance. Ainsi, Judith Ickowicz regrette que ce soit « seulement par le biais d'un procédé de fixation que sa performance accède à la vie juridique »[1026].

On peut constater que ce n'est que par la trace de la performance que le droit est amené à connaître adéquatement de celle-ci. La dimension d'expérience qui accompagne la performance lui reste hermétique. Si la solution de la décision Sorbelli n'est pas entièrement satisfaisante, c'est bien dans la mesure où l'art corporel est une forme artistique qui refuse la réduction de l'art à un résultat final et se concentre sur le processus. Or, ce qui est protégé à travers les traces de l'œuvre n'est qu'un résultat – et non, donc, la création elle-même. Plus largement le juge, puisqu'il ne connaît la performance qu'à travers ses traces, n'en connaît qu'une version réduite,

A la différence de la décision précédemment mentionnée (TGI Paris, 28 oct. 2009, n° 08/08788), Sorbelli n'a pas pu prouver, à l'aide de travaux préparatoires par exemple, que sa photographe n'était qu'une prestataire technique subordonnée à ses instructions.

[1024] Comme le remarque E. Treppoz, *op. cit.* : « Discutable théoriquement, la qualification d'œuvre de collaboration s'explique sans doute pratiquement en raison de son régime. »

[1025] M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 217

[1026] J. Ickowicz, *op. cit.*, 2013, p. 503.

aplatie. Il se prononce alors sur la protection de la dimension factuelle, objective, de la performance – sans pouvoir atteindre l'expérience artistique qu'elle propose.

Les traces des performances, qui sont nécessaires à la circulation, la conservation et l'exposition des œuvres d'art corporel, sont ainsi également nécessaires à leur protection juridique. En effet, ce n'est qu'à travers elles (en tant que preuves ou en tant qu'objet direct de la protection) que le droit d'auteur parvient à atteindre ces œuvres si élusives. Toutefois, d'autres personnes que les artistes de performance étant amenées à intervenir dans la confection de ces traces, ces mêmes artistes peinent à s'en voir reconnaître les auteurs. Par suite, l'artiste de performance n'est pas propriétaire (ou seul propriétaire) du seul support qui subsiste de son œuvre – alors même que ce support constitue une source de revenus. Cette difficulté à se voir attribuer une propriété dans l'œuvre n'est d'ailleurs pas incohérente avec l'esprit de liberté qui animait le mouvement de la performance à ses débuts. Cependant, l'exploitation commerciale de l'œuvre corporelle, si elle suppose des aménagements spécifiques, s'avère finalement possible.

SECTION 2. L'exploitation aménagée de l'œuvre corporelle

Ainsi que nous allons le voir, l'exploitation des œuvres corporelles est envisageable. Certes, une œuvre qui implique le corps sera plus difficile à exploiter qu'une autre dès lors que cette présence corporelle va interférer dans l'exercice des droits patrimoniaux d'auteur. Aussi l'exploitation de l'objet immatériel qu'est l'œuvre de l'esprit est confrontée à des difficultés. En revanche, en parvenant à détacher l'œuvre d'art du corps de l'artiste (ou d'un corps particulier), l'exploitation devient bien plus aisée. C'est pourquoi les stratégies d'exploitation des artistes passent souvent par une telle « désincarnation ».

De plus, pour parvenir à vendre des œuvres, à avoir une côte sur le marché de l'art, à être inscrits aux catalogues de musées et, plus généralement, à être totalement intégrés dans les circuits institutionnels de l'art, les artistes doivent souvent trouver des moyens de rendre pérennes, de « rematérialiser », les œuvres d'art corporel qui sont des expériences éphémères.

Genette remarque ainsi qu'il existe « deux moyens par lesquels une œuvre de performance peut, dans une certaine mesure, échapper à sa condition temporelle d'évènement, à son caractère éphémère et singulatif »[1027] : il s'agit de l'enregistrement et de l'itération. Or, ce sont précisément ces deux stratégies qu'adoptent les artistes de l'art corporel qui souhaitent pouvoir vendre leur production artistique ainsi que les institutions muséales qui souhaiteraient les acquérir[1028]. Nous nous proposons d'étudier les stratégies qu'un artiste peut adopter pour faire circuler une œuvre d'art corporel sur le marché à travers des études de cas qui correspondent à ces deux approches. Les artistes peuvent exploiter l'enregistrement ou, plus largement, la trace laissée par l'action éphémère (A) ou l'itération – ou plutôt le droit de réitérer l'œuvre (B).

Paragraphe 1. L'exploitation de la trace

La trace de la performance peut être conservée dans une relique, un objet ayant servi à l'action (1) ou il peut s'agir d'une trace photographique ou vidéographique (2).

A. L'exploitation des reliques

Une première manière de permettre aux artistes de performance de mettre leurs réalisations sur le marché et de les exposer de façon permanente dans les musées consiste à remplacer la performance elle-même par ses reliques. Il est possible d'établir un parallèle entre œuvre d'art et relique religieuse[1029]. En effet, dans les deux cas, il s'agit d'un objet qui possède une aura lui conférant une valeur particulière, au-delà de sa simple dimension matérielle, et qui conserve la mémoire d'une personne remarquable (l'artiste ou le saint). En l'occurrence, le terme de relique est communément utilisé sur le marché de l'art et par les institutions exposantes pour désigner

---

[1027] G. Genette, *op. cit.,* p 103.

[1028] V. A. Giguère, « Documentation et muséalisation de la performance » *in Culture & Musées*, n° 22, 2013, p. 113-136.

[1029] N. Heinich, « Les objets-personnes. Fétiches, reliques et œuvres d'art » *in* B. Edelman et N. Heinich, *L'art en conflits*, La Découverte, 2002, p. 102-134.

V. aussi B. Lahire. *Ceci n'est pas qu'un tableau : Essai sur l'art, la domination, la magie et le sacré*, La Découverte, 2015, p. 228 et s.

les traces d'une performance et plus spécifiquement les accessoires qui ont été utilisés lors de l'action[1030]. Ces objets, qui sont censés être infusés de l'intensité de l'action et de l'aura de l'artiste, peuvent servir à transmettre la mémoire d'une performance et permettre au collectionneur ou au public d'accéder, à travers eux, à un événement éphémère passé. Comme le note le critique d'art Michel Gauthier, la performance est souvent paradoxale en ce qu'« elle souhaite avoir le privilège du moment unique, de l'événement ponctuel, bientôt mythique et, en même temps, elle vise à la permanence de l'objet grâce à des accessoires promus en saintes reliques »[1031]. Ainsi, les reliques peuvent être conservées comme témoignage d'une action mais peuvent aussi entrer sur le marché, non en tant qu'œuvres indépendantes, mais pour remplacer ou représenter la performance même.

Il s'agit donc d'un concept différent de celui de l'œuvre hybride qui combine une performance et la production d'un objet final. Ces œuvres hybrides, celles réalisées par certains artistes du mouvement japonais *gutai* par exemple[1032], visent à produire une œuvre d'art matérielle – d'ailleurs souvent un tableau peint – à l'aide d'un procédé qui relève de la performance du fait de l'engagement du corps de l'artiste, de son caractère spectaculaire ou de la présence d'un public. En revanche, les objets reliques ne sont pas pensés comme une production séparée, ni même comme le résultat d'une performance. Ils sont infusés de la performance passée à tel point qu'ils peuvent en tenir lieu, sur le marché notamment. Par exemple, les accessoires (un lit, un mouchoir, une lame de rasoir, un micro et une chemise) utilisés dans la performance *Autoportrait(s)* de Gina Pane, réalisée en 1973, ont été acquis par le Centre Pompidou en 1999. Ces objets, lorsqu'ils sont exposés, permettent de rendre compte de la performance passée en ce que « les reliques, généralement comprises comme des objets singuliers qui conservent la "grâce" dont était investi l'artiste – comme le saint ou le héros –, présentent une aura particulière et offrent la possibilité d'une rencontre forte »[1033].

Pour le droit d'auteur, ces objets sont des œuvres de l'esprit dès lors qu'ils résultent d'une intervention suffisante de l'artiste pour leur conférer un caractère original – ce qui peut ne pas

---

[1030] A. Giguère, *op. cit.*, p. 118.

[1031] M. Gauthier, « Tino Sehgal : la loi du *live* » *in Les Cahiers du Musée national d'art moderne*, n° 101, 2007, p. 18.

[1032] À titre d'exemple, à partie des années 1950, l'artiste Kazuo Shiraga peignait des toiles en utilisant son corps comme une brosse. L'une de ses techniques les plus caractéristiques consistait à peindre avec ses pieds en étant suspendu au-dessus de la toile par des cordes.

[1033] A. Giguère, *op .cit. ,* p. 118.

être le cas lorsqu'il s'agit simplement d'objets manufacturés[1034]. Ils ne dépendent pas de la performance initiale : ils ne peuvent pas être analysés comme des œuvres composites, par exemple, puisqu'ils n'incorporent pas la performance. Ainsi, leur lien avec l'œuvre corporelle, qui peut être si étroit que les reliques peuvent tenir lieu de l'œuvre initiale, est uniquement le fait de la reconnaissance des acteurs du monde de l'art qui considèrent que ces objets gardent la trace de l'action à laquelle ils ont servi et sont investis de la présence de l'artiste lui-même.

B. L'exploitation de l'image

La manière la plus courant de conserver des traces d'une œuvre d'art corporel éphémère est d'en effectuer des captations photographiques ou vidéographiques. Comme nous l'avons observé[1035], il existe différentes conceptions du statut de ces captations : alors que certains artistes les conçoivent comme une forme de documentation accessoire à la performance elle-même, d'autres considèrent que les enregistrements sont constitutifs de l'œuvre. Ces deux attitudes correspondent aussi à des stratégies distinctes de commercialisation de l'œuvre d'art corporel, ce qui peut être illustré par les approches adoptées par deux figures historiques de l'art corporel, Chris Burden et Gina Pane. Chris Burden ne prévoyait aucune photographie officielle de ses actions. Les éventuelles clichés – souvent de mauvaise qualité – pris par des membres du public était considérés comme des aide-mémoires pouvant permettre aux personnes présentes de se souvenir de la performance, mais n'étaient pas conçus comme faisant partie de l'œuvre et ne pouvaient certainement pas se substituer à l'expérience vécue de l'action. Ainsi, s'il publiait des brochures récapitulant ses œuvres, il était principalement rémunéré directement par les galeries pour ses performances « comme un acteur qui touche un cachet à chaque représentation »[1036]. À l'inverse, Gina Pane, nous l'avons vu[1037], préparait méticuleusement les prises de vue qu'elle souhaitait pour ses performances. Ces photographies, prises uniquement par une photographe autorisée, étaient ensuite censées pouvoir rendre compte de la performance et même en tenir lieu sur le marché ou auprès d'institutions exposantes. Elles étaient vues

---

[1034] V. s*upra* p. 265 sur l'originalité des *ready-made*.

[1035] *Supra* p. 297 et s.

[1036] J. Chaillet, M. Cohen et J. Hountou, « Gina Pane ou l'art corporel d'une plasticienne » *in Chimères*, vol. 62, n° 3, 2006, p. 33.

[1037] V. *supra* p. 302.

comme faisant entièrement partie de l'œuvre de Gina Pane et leur vente constituait la principale source de revenus de l'artiste[1038].

De même, Marina Abramovic, depuis le début des années 1990, photographie ou enregistre presque systématiquement ses réalisations. Ces pratiques étaient déjà communes parmi les artistes de performance qui peuvent ainsi documenter leurs créations[1039], mais Marina Abramovic est sans doute la première à mettre films et photographies sur le marché et à les rendre aussi largement accessibles aussi bien aux institutions muséales qu'aux collectionneurs privés et aux investisseurs[1040]. Les traces des performances de Marina Abramovic ne sont donc pas des documents d'archive, elles sont directement destinées à entrer dans le circuit du marché de l'art. Les photographies constituent aujourd'hui la grande majorité des ventes de l'artiste[1041]. Cette stratégie de commercialisation, mise en place avec son galeriste, procède de sa volonté de normaliser et d'institutionnaliser la performance[1042].

Ces œuvres créées autour de la performance elle-même sont, contrairement à celle-ci, détachables de la personne de l'artiste et ont une forme matérielle stable. Elles appartiennent ainsi à des catégories artistiques (photographie ou vidéographie) que le droit appréhende sans difficulté particulière[1043]. En mettant en vente ces objets en lieu et place de ses performances,

---

[1038] J. Chaillet, M. Cohen et J. Hountou, *op. cit.,* en particulier p. 32.

[1039] Nathalie Heinich (*Le paradigme de l'art contemporain*, Gallimard, 2014, p.101) relève ainsi un exemple bien antérieur à Marina Abramovic : Lucien Durand avait essayé en 1975 de vendre des photos d'une action de Hermann Nitsch.

[1040] A. Wiston, *Marina Abramovic ; Methods for establishing performance art in the gallery and museum system*, City University of New York, 2014.

[1041] V. sur le site ArtPrice de cotation des œuvres d'art [http://www.artprice.com/artist/144433/marina-abramovic/index].

Par ailleurs, la valeur d'échange des œuvres de Marina Abramovic est relativement faible par rapport à sa reconnaissance d'estime, comme le notent les sociologues C. Lévy, et A. Quemin, « Stéréotypes genrés dans l'œuvre, reconnaissance esthétique et succès marchand d'une artiste plasticienne : le cas de Marina Abramović » *in Sociologie de l'Art,* vol. 18, n° 3, 2011, p. 53-71, qui attribuent cette disparité au genre de l'artiste davantage qu'au courant artistique dans lequel elle se situe.

[1042] Cet objectif est explicitement revendiqué par Marina Abramovic dans de nombreux entretiens. V. par exemple J. Adams, « Marina Abramović: "I've Always Been A Soldier" » *in The Talks*, 13 juin 2012, [https://the-talks.com/interview/marina-abramovic/].

[1043] Comme nous avons néanmoins pu le voir plus haut, la titularité des droits d'auteurs sur des telles œuvres peut faire l'objet de débat. Ainsi, le photographe des œuvres de performances peut en être reconnu auteur ou coauteur, sauf à ce que l'artiste performer établisse que le photographe n'était qu'un prestataire technique subordonné à ses instructions et sans aucune marge de liberté créative propre. Cela ne semble pas correspondre en pratique à la plupart des situations de documentation de performances.

Cependant la pratique dans le milieu de l'art reste de n'attribuer la photographie documentant une performance à l'artiste de performance et non au photographe.

On pourrait imaginer que pour s'assurer d'être le seul à pouvoir exploiter les photographies de sa performance, l'artiste de performance puisse se prémunir des éventuelles prétentions patrimoniales du photographe par un contrat de licence de droit d'auteur. Mais cette solution ne résout pas un autre problème tout aussi important : celui

Marina Abramovic parvient, en quelque sorte, à rematérialiser ses créations – ou du moins à leur substituer une œuvre matérielle – pour les besoins du marché[1044].

Pour que ces stratégies de commercialisation fonctionnement, il faut que les photographes ou les enregistrements vidéographiques puissent intégrer le marché de l'art. Pour cela, il est nécessaire d'établir ces captations de l'événement comme des objets rares, à l'exemple des œuvres d'art plastique traditionnelles qui n'existent qu'en exemplaires limités ou uniques. Or, lorsqu'il peut y avoir de nombreuses photographies d'une même action et que chaque pose peut ensuite faire l'objet de tirages en nombre illimité, intégrer le marché de l'art implique de créer artificiellement une certaine rareté. Ainsi, il doit exister des traces officielles, approuvées par l'artiste, de l'événement ce qui nécessite par exemple d'interdire au public de photographier l'action – comme c'était la pratique lors des performances de Gina Pane[1045]. Il convient aussi, comme sur le marché plus classique des épreuves photographiques[1046], de créer de la rareté en produisant des tirages en édition limitée dont chaque exemplaire est numéroté. Ainsi, comme le remarque la sociologue Raymonde Moulin, les photographes qui vendent leurs œuvres sur le marché de l'épreuve conçoivent la photographie sur le modèle de l'œuvre d'art traditionnelle (peinture ou sculpture) et si la photographie parvient à intégrer le marché de l'art, ce n'est qu'après avoir été « lav[é] du péché originel de reproductibilité »[1047]. C'est également pour suivre le modèle de la peinture que les tirages photographiques vendus sur le marché portent la signature de l'artiste. De la même manière, les photographies de performances sont signées – Marina Abramovic par exemple signe les photographies de ses actions –, la signature donnant au cliché le cachet de l'œuvre d'art authentique.

Or, cette pratique peut être contraire aux règles du droit d'auteur. En effet, les photographies de performances sont attribuées à l'artiste de performance, puisqu'elle se substituent à l'action

du droit moral et notamment du droit de paternité. En effet, il faut que la photographie puisse être exploitée sous le nom de l'artiste de performance et en tant que son œuvre pour prendre toute sa valeur sur le marché de l'art.

[1044] Sur l'idée que les documents sont également des œuvres d'art, voir A. Bénichou, « Ces documents qui sont aussi des œuvres » in *Ouvrir le document*, 2010, p. 68.

[1045] J. Chaillet, M. Cohen et J. Hountou, *op. cit.*, p. 35.

[1046] V. R. Moulin, « La genèse de la rareté artistique » *in Ethnologie française*, t. 8, n° 2/3, 1978, p. 250 et s. La sociologue distingue le marché des épreuves photographiques du marché des grands tirages. Ce dernier concerne la photographie de presse ou de publicité qui voit un cliché reproduit en de nombreux exemplaires et largement diffusé. Le photographe est alors principalement rémunéré, du fait de son statut d'auteur, par des droits de reproduction. Au contraire, le marché des épreuves traite la photographie comme un objet d'art et vend des tirages en éditions limités sur le marché de l'art. Le photographe tire alors ses revenus principalement de la vente de l'objet physique qu'est le tirage photographique.

[1047] *Ibid.,* p. 254.

elle-même sur le marché. Cependant, elles n'ont évidemment pas été prises par l'artiste qui apparaît sur les clichés, mais par un photographe. Comme nous l'avons vu plus haut, si les clichés sont originaux, leur auteur est celui qui a effectué les choix qui caractérisent la photographie (cadrage, éclairage, etc.). Dans certains cas, quand les prises de vue sont très précisément planifiées en avance par l'artiste de performance – c'était la pratique de Gina Pane par exemple –, ce dernier peut être le seul auteur des photographies[1048]. Toutefois, en pratique, la prise de décision est souvent conjointe entre le photographe et l'artiste ce qui fait qu'un juge pourrait être amené à qualifier les photographies de performances d'œuvres de collaboration comme dans l'affaire Sorbelli[1049]. Ainsi, le fait de mettre en vente ces clichés sous le seul nom de l'artiste lorsque le photographe en est coauteur est contraire aux droits de ce dernier : en premier lieu à son droit moral d'attribution[1050] et, parfois, à son droit à rémunération au titre du droit de suite[1051].

Pourtant, du fait d'un large consensus du monde de l'art, les photographies de performances sont acceptées comme substituts des performances elles-mêmes et sont donc attribuées au seul artiste *performer*. Ainsi, même si le droit d'auteur tendrait à voir une œuvre de collaboration à laquelle le photographe a apporté son concours, du fait de ce consensus du marché et des institutions muséales, la qualité d'auteur unique attribuée à l'artiste de performance est peu contestée[1052]. Le monde de l'art considère que l'intérêt et la valeur de ces œuvres photographiques ou vidéographiques résident dans la performance représentée – et donc que l'auteur doit être l'artiste de performance – et la définition légale de l'auteur ou celle de l'originalité n'ont finalement que peu d'influence sur les pratiques des acteurs du marché de l'art.

Paragraphe 2. L'exploitation de la réitération

En septembre 2019 a eu lieu à Bruxelles la seconde édition de *A Performance Affair*, une foire d'art contemporain dédiée à la performance. À la différence d'autres festivals déjà existants,

[1048] V. *supra* p. 297 et s.
[1049] CA Paris, 3 décembre 2004, n° 04-06726.
[1050] Article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle.
[1051] Ainsi l'article L. 122-8 du code de la propriété intellectuelle dispose que l'auteur bénéficie d'un droit de suite sur les ventes de photographies signées tirées à moins de 30 exemplaires.
[1052] L'affaire Sorbelli précitée en constitue l'unique exception notable sur le plan judicaire.

cette manifestation a la particularité d'être une véritable foire, c'est-à-dire un lieu de rencontre entre galeries et collectionneurs en vue de la vente d'œuvres d'art. Il est donc intéressant d'observer quelles formes prennent les transactions lors ce nouvel événement qui a pour objectif explicite d'intégrer les performances, à l'exemple de productions plus traditionnelles, au marché de l'art contemporain. Cette foire peut nous permettre de déterminer ce qu'il possible de vendre et d'acheter.

Or, la majorité des exposants mettaient en vente un protocole d'itération de la performance[1053]. Ainsi, le droit de refaire, de représenter à nouveau, semble être devenu le mode privilégié de transmission des performances. Ce droit est assorti de clauses contractuelles parfois exigeantes. L'artiste peut décider de maintenir plus ou moins de contrôle sur l'œuvre une fois celle-ci vendue : il peut par exemple imposer sa présence pour chaque réitération ou le droit d'approuver les interprètes choisis par l'acquéreur.

Ce mode de circulation peut rapprocher la performance des arts de la scène[1054]. Cependant, il existe des difficultés spécifiques du fait de la nature éphémère de la performance et de son rapport différent au temps. De plus, le genre, investi historiquement par des artistes plasticiens, est fortement influencé par le modèle des beaux-arts, y compris en ce qui concerne la commercialisation des œuvres sur le marché de l'art.

Nous pouvons ici étudier deux exemples notables de réitérations de performances qui représentent des modalités différentes d'exploitation dans le temps d'œuvres pourtant éphémères. Marina Abramovic utilise la reconstitution de performances passées (A) tandis que Tino Sehgal crée des œuvres qui sont destinées à être interprétées par d'autres (B).

[1053] Sur les 32 artistes représentés à la foire, 19 proposaient explicitement la vente de protocoles ou droits de réitération de la performance (à titre de comparaison, 15 proposaient la vente d'enregistrements). V. le catalogue de l'événement, disponile en ligne [https://aperformanceaffair.com/re_production-catalogue-2019].

[1054] V. A. Pickels, Antoine. « Performance : de l'évasion du marché à la conformation au marché » *in Ligeia*, vol. 117-120, n° 2, 2012, p. 140-145.

A. La reconstitution : exemple de *Seven Easy Pieces*

Marina Abramovic promeut la reconstitution de performances historiques comme un moyen de continuer à faire vivre des œuvres passées et de les rendre accessible à un large public. La reconstitution (ou *reenactment*) permet ainsi de faire circuler des performances et, surtout, permet d'institutionnaliser ce genre artistique en rendant possible l'exposition de performances passées dans des musées. La reconstitution a l'avantage sur les objets ou les photographies de permettre au public d'accéder à une certaine authenticité de la performance par la présence du corps d'un artiste – même s'il ne s'agit pas de l'artiste d'origine – supposé porteur d'une certaine aura. Par exemple, les reconstitutions ont été utilisées lors de la rétrospective qui lui a été consacrée en 2010 par le MoMA de New-York, *The artist is present*. Au cours de cette exposition, certaines de ses performances passées étaient réinterprétées par de jeunes artistes ou danseurs devant le public du musée. Une autre initiative de Marina Abramovic qui illustre le potentiel des reconstitutions pour la mise en circulation et l'exposition muséale de performances est le projet *Seven Easy Pieces*. Lors de cet événement qui s'est déroulé en 2005 au Musée Guggenheim de New-York, l'artiste réitéra avec son propre corps des performances célèbres des années 1960 et 1970. Parmi les sept pièces recréées figuraient deux de ses propres œuvres ainsi que des performances de Gina Pane, Vito Aconci, Valie Export, Joseph Beuys et Bruce Nauman.

Marina Abramovic insiste sur le fait que ces reconstitutions n'ont eu lieu qu'à condition d'avoir obtenu l'accord des ayants droit des artistes d'origine et en leur versant des dividendes à chaque représentation[1055]. Le souci de l'artiste de recueillir l'accord des ayants droit semble renvoyer autant, voire davantage, à sa volonté de donner une légitimité et une authenticité particulière à des reconstitutions, qui sont censées bénéficier de l'aura des premiers artistes, que de préoccupations de protection juridique. Ainsi Marina Abramovic n'a pas inclus dans les *Seven Easy Pieces* une performance de Chris Burden qu'elle souhaitait à l'origine présenter dans le

[1055] V. l'entretien de M. Abramovic, *Seven Easy Pieces,* Charta, 2007, p. 11, dans lequel elle explique avoir systématiquement obtenu l'autorisation des artistes d'origine ou de leurs ayants droits et leur avoir versé des dividendes.

V. aussi Pour une étude critique de cet événement : J. Bégoc, « L'histoire de la performance selon Marina Abramović ou "L'art de faire parler les fantômes en public" » *in Ligeia*, vol. 121-124, n° 1, 2013, p. 59-75.

A. Jones, « "The Artist is Present": Artistic Re-enactments and the Impossibility of Presence » *in TDR*, vol. 55, n° 1, 2011, p. 35, sur le fait que le versement de dividendes permettait aussi à Marina Abramovic de légitimer la performance comme genre artistique ayant une place dans les circuits institutionnels de l'art. .

programme. L'artiste, auquel elle avait demandé son autorisation, lui aurait assuré qu'il ne s'opposerait pas à une reconstitution tout en lui faisant savoir qu'il désapprouvait cette démarche[1056]. De plus, toutes les performances réitérées n'étaient pas forcément protégeables : par exemple, la performance *Body Pressure* de Bruce Nauman, datant de 1974 et présentée dans *Seven Easy Pieces*, consiste en des instructions, que l'artiste a écrites mais n'a jamais réalisées lui-même, de presser certaines parties du corps contre un mur – ce qui ne paraît pas pouvoir être protégé par le droit d'auteur. Les autorisations acquises par Marina Abramovic répondent donc bien à un souci de garantir l'authenticité des œuvres reconstituées, soit le respect de l'intention ou de l'idée de l'artiste d'origine, même en l'absence de véritable risque juridique.

Malgré ces précautions, *Seven Easy Pieces* reçut de nombreuses critiques portant sur l'authenticité de ses reconstitutions. L'initiative de Marina Abramovic fut perçue, notamment par certains critiques et universitaires[1057], comme une mise en scène spectaculaire qui ne respectait pas les intentions des performances des années 1960 et 1970 qui étaient réinterprétées. Il est vrai que la réitération des performances concernées par *Seven Easy Pieces* était imparfaite. D'une part, cette imperfection relevait de choix délibérés de Marina Abaramovic qui n'a pas réitéré toutes les performances dans leur intégralité. Ainsi, la reconstitution de la performance de Valie Export, *Action pants: Genital Panick,* créée en 1969, aurait supposé *a priori* d'aller dans un cinéma pornographique, le sexe découvert et munie d'une mitraillette. Il demeure de cette performance des photos célèbres dans lesquelles Valie Export pose dans cet accoutrement : ce sont ces seules poses qui firent l'objet de la reconstitution de Marina Abramovic[1058].

D'autre part, une réitération de l'œuvre d'art originelle dans sa dimension d'expérience partagée avec le public aurait, de toute manière, été impossible : à supposer que Marina Abramovic ait reproduit l'ensemble des mêmes gestes, il demeure que le contexte spatial et temporel des œuvres, et donc les réactions engendrées, auraient été différents. Par ailleurs, le corps du *performer* n'est pas le même, ce qui n'est pas sans incidence. Marina Abramovic a par exemple réitéré la performance *Seedbed* de Vito Acconci dans laquelle l'artiste, un homme, se masturbait, dissimulé dans une galerie d'art. Remplacer ce corps par un corps non seulement

[1056] A. Jones, *op.cit*., p. 35.

[1057] V. notamment A. Jones, *op. cit,* ainsi que J. Bégoc, « L'histoire de la performance selon Marina Abramović ou "L'art de faire parler les fantômes en public" » *in Ligeia*, vol. 121-124, n° 1, 2013, p. 59-75.

[1058] V. A. Jones*, op. cit*., p. 28 et s., qui pointe une certaine ironie dans le fait que marina Abramovic a exprimé son regret à l'idée de n'avoir pas pu reconstituer la « véritable » performance de Valie Export, alors que cette supposée performance ne serait en fait jamais advenue.

différent mais, de plus, féminin est de nature à changer totalement l'œuvre dans ses interprétations possibles ou dans les réactions qu'elle peut produire sur le public.

En dépit des imperfections de ces réitérations dans *Seven Easy Pieces*, l'œuvre illustre que la mise en circulation de performances (ou du moins de certains aspects de celles-ci) reste possible en les faisant passer dans un autre corps, par le biais de dispositifs de reconstitution. Or, le rôle du marché est central dans le développement des reconstitutions[1059]. Ces dernières permettent l'exploitation de l'œuvre d'art corporel en faisant de la présence de l'artiste (de l'artiste d'origine ou d'un autre) une valeur d'échange. Ainsi, l'historienne de l'art américaine Amelia Jones critique la tendance du monde de l'art et des médias à « s'appuyer sur une notion de performance comme délivrant une *présence* précisément en la figeant comme une marchandise (souvent *via* la figure de l'artiste […]) »[1060] en ignorant la contradiction entre le projet de l'art de performance qui entendait reposer sur l'événement, l'action et l'expérience éphémère et la réactivation du passé induite par les reconstitutions.

Marina Abramovic ne peut vendre sa présence qu'en réactivant les œuvres passées, ce qu'elle parvient à faire de façon assez classique en établissant un contrat de licence de droit d'auteur et en échange du versement de dividendes aux artistes d'origine. La performance circule donc comme un spectacle. Le modèle de Tino Sehgal est intéressant en ce qu'il permet d'étudier une performance qui circule, au contraire, comme un objet.

B. La performance comme objet : exemple de Tino Sehgal

La circulation des performances sous forme de droits de représentation peut s'apparenter à la diffusion des arts du spectacles. En effet, ceux-ci sont mis en circulation par le biais de droits

[1059] *Ibid.,* p. 20 : « La reconstitution révèle également la centralité du marché dans toutes ces expressions ; on pourrait soutenir que l'impulsion de "reconstituer" ou de documenter l'acte instantané résulte en grande partie de la pression du marché mondial de l'art attaché aux arts visuels. Cette pression du marché inspire l'éventail des méthodes développées pour "documenter" l'œuvre et/ou ses reconstitutions et ainsi assurer à l'œuvre sa place sur les marchés des objets et des histoires. » (traduction libre de l'anglais).

[1060] *Ibid.,* p. 42 (traduction libre de l'anglais).

V. aussi *ibid.,* p. 43, l'auteure note que la relation entre reconstitutions et marché fonctionne en raison d'une interprétation moderniste – et, selon elles, erronée – du genre artistique de la performance. Elle note que cette interprétation est fondée sur « la notion moderniste de présence qui repose sur une mystique de l'intentionnalité de l'artiste et, au final, s'appuie sur et renforce les circuits du capital » (traduction libre de l'anglais).

de représentation : un chorégraphe par exemple permet à une compagnie d'interpréter sa création contre une rémunération au titre de son droit d'auteur. Une performance peut circuler selon les mêmes modalités, comme le montre l'exemple de *Seven Easy Pieces*. Cependant, il est intéressant d'observer que, dans beaucoup de cas, les artistes de performance prennent plutôt pour modèle le marché des beaux-arts qui est conçu pour échanger des objets uniques ou en éditions limitées. Ainsi, ils « vendent » leur performance – ou plutôt le protocole de la performance – comme un objet d'art davantage que comme un droit de représenter un spectacle.

C'est le cas en particulier de l'artiste britannique Tino Sehgal qui cède ses œuvres en échange une somme fixe, et non pas de dividendes, et impose par des clauses contractuelles une certaine rareté en fixant le nombres d'« exemplaires » disponibles de chacune de ses performances[1061]. Il parvient de cette manière à faire circuler ses œuvres sur le marché de l'art mais cette circulation suppose de renoncer aux caractéristiques historiques de la performance, à la dimension incarnée et éphémère de l'œuvre.

Ainsi, si Tino Sehgal parvient à « vendre » ses œuvres, qui ne seraient sans doute pas protégées par le droit d'auteur français[1062], et à les inscrire au catalogue d'institutions muséales[1063], c'est en réduisant le caractère éphémère et aléatoire de ses performances – ou du moins, en le réduisant autant que possible compte tenu de sa volonté de ne laisser aucune trace matérielle de ses créations et de faire participer le public. Ses pièces font l'objet de ventes très ritualisées – presque des performances elles-mêmes –, au cours desquelles l'acheteur accepte devant un notaire et deux témoins une série de clauses orales imposées par Tino Sehgal, s'engageant notamment à ne faire interpréter la performance que par des artistes qui auront préalablement été entraînés par une personne habilitée par l'artiste. Chacune de ses œuvres a donc un contenu (relativement) déterminé qui peut faire l'objet, comme une chorégraphie, d'une transmission orale d'un « maître de ballet » à un interprète. Aussi, chez Tino Sehgal la performance est

1061 V. sur le processus d'acquisition d'une œuvre de l'artiste par le Musée d'art contemporain de Montréal, A. Giguère, « Acquérir *This Situation* de Tino Sehgal. Entretiens avec Josée Bélisle, Marie Fraser, Lesley Johnstone et Anne-Marie Zeppetelli » *in Muséologies*, vol. 7, n° 1, 2014, p. 225–237.

1062 En doit français, les œuvres de Tino Sehgal seraient probablement considérées comme des chorégraphies. L'article L. 112-2 du CPI dispose que les œuvres chorégraphiques doivent être fixées comme condition de leur protection (bien que cette exigence puisse parfois être interprétée comme une règle de preuve uniquement). Or, l'artiste refuse toute forme de fixation de ses créations.

1063 Des créations de Tino Sehgal ont notamment été acquises par le MoMA et le Guggenheim à New York.

C'est, de fait, une démarche assez différente de celle qui consiste à inviter un artiste pour réaliser une performance de façon ponctuelle. L'œuvre pourra, malgré son immatérialité, être inscrite au catalogue du musée et faire part de ses collections permanentes. V. A. Giguère, « Documentation et muséalisation de la performance » *in Culture & Musées*, n° 22, 2013, p. 113-136,. sur l'acquisition d'une manière comparable, de la performance *Intime et personnel* d'Esther Ferrer par le FRAC de Lorraine.

totalement indépendante de l'artiste ou d'interprètes originaux, ce qui n'est pas traditionnellement le cas dans l'art corporel qui ne se différencie pas du corps de son créateur. Elle n'est pas incarnée dans un corps particulier, mais peut être représentée par différentes personnes tout restant la même œuvre, s'apparentant par là à de la danse[1064].

Désincarnées, les pièces de Tino Sehgal gagnent aussi une forme de permanence par le jeu des clauses contractuelles orales que l'artiste impose à chaque acheteur de l'une de ses œuvres. D'une part parce que, comme nous l'avons évoqué, ces performances ont un déroulement réglé d'avance qui est transmis à chacun des interprètes. D'autre part parce que Tino Sehgal demande à ce que ses créations soient « exposées » au public pour une durée minimale de six semaines à la fois, ce qui permet, encore une fois, de rendre moins éphémères ces œuvres qui ne sont pourtant que des expériences purement immatérielles et passagères. Une même œuvre pourra ne pas se dérouler de la même façon à chaque représentation – en particulier parce que les spectateurs qui sont véritablement parties à l'œuvre ne régiront jamais tout à fait de la même manière. Pourtant, par ces stipulations contractuelles – que chaque acheteur devra d'ailleurs imposer lui-même à l'acheteur secondaire en cas de revente – l'artiste parvient à créer une densité autour de ses créations.

Tino Sehgal parvient donc à recréer de la matérialité. Du moins, ces œuvres au départ immatérielles sont traitées exactement comme si elles avaient une matérialité, comme des sculptures ou des tableaux – on peut les acheter, les revendre et les exposer. Cette stratégie est suffisante pour les mettre dans le commerce, les faire circuler sur le marché de l'art. L'artiste peut ainsi créer une sorte de droit patrimonial à travers la création d'une forme appropriable, par le biais de clauses contractuelles[1065]. Ces œuvres existent même en quantités limitées de quatre à six exemplaires – le créateur se réservant à chaque fois une « épreuve d'artiste », ce qui confirme qu'il s'inspire, pour son modèle, des arts plastiques dont le support est matériel.

Ainsi, pour mettre les œuvres d'art corporel sur le marché, il est nécessaire de les rendre séparables du corps d'une personne particulière afin de leur permettre de circuler. Pour échapper à leur nature éphémère, ces œuvres doivent renoncer à leur caractère incarné. L'œuvre

---

[1064] L'artiste a étudié la danse et a été danseur (notamment dans la compagnie de Jérôme Bel), ce qui peut expliquer une forte parenté entre ses œuvres, considérées comme des performances, et certaines formes de danse contemporaine.

[1065] J. Ickowicz, *Le droit après la de l'œuvre d'art*, Les presses du réel, 2013, p. 511.

S'il ne s'agit pas techniquement d'une appropriation, le contrat produit bien l'effet d'une (quasi) appropriation – du fait de l'accord des parties.

doit pouvoir se détacher d'un corps unique (celui de l'artiste) pour devenir un objet multiple (par la photographie qui existe en plusieurs exemplaires) ou pluriel (par l'interprétation de l'œuvre qui peut se reproduire dans le temps)[1066]. Ensuite, ces œuvres peuvent être « rematérialisées » hors d'un corps particulier – en en faisant de fait des objets matériels (comme des photographies) ou en les « densifiant » par des clauses contractuelles.

*

Le droit d'auteur protège mal l'art corporel. Il doit passer par les traces de l'œuvre, et en particulier par sa fixation photographique ou vidéographique, pour pouvoir, imparfaitement, l'appréhender. C'est donc, en quelque sorte, une version désincarnée de la performance qui est saisie par le droit d'auteur. L'importance de l'enregistrement d'une performance est donc primordiale pour sa protection comme pour sa documentation et pour son exploitation. C'est pourquoi, alors que l'artiste est le seul créateur reconnu par le monde de l'art, le photographe (ou parfois la vidéographe) peut en fait avoir un rôle important et être juridiquement auteur ou coauteur des images qui seules permettent de connaître et d'exploiter l'œuvre de performance.

Par ailleurs, le fait que la protection par le droit d'auteur s'avère plutôt inadéquate n'a pas d'incidence sur l'exploitation des œuvres d'art corporel en tant qu'objets sur le marché de l'art. Cela nécessite la création d'objets qui se détachent du corps et peuvent circuler sans lui. De plus, alors que la performance est, traditionnellement, une expérience éphémère et insaisissable, elle est pourtant entrée sur le marché de l'art qui repose sur la rareté d'exemplaires uniques ou limités. Ainsi les artistes parviennent, à partir de performances incarnées, à créer des objets qui pourront circuler sur ce marché. Ces objets peuvent être de véritables objets physiques (photographies, reliques de la performance) ou des protocoles autorisant la réitération. La mise en circulation de l'œuvre est possible par le biais de ces objets, dont la valeur est assurée soit

[1066] G. Genette, *op. cit.,* p. 113 : « : « Une performance est un événement physique, et comme tel, un objet autographique unique ; mais par l'enregistrement elle donne occasion à un art autographique multiple, et par l'itération un art autographique pluriel ».

Le terme « autographique » est emprunté par l'auteur à N. Goodman, Langages de l'art, Jacqueline Chambon, 1990. L'art autographique (par exemple les arts plastiques) se distingue de l'art allographique (la littérature) par le fait qu'elle n'existe que dans un exemplaire unique qui en est le support et l'incarnation. Ainsi, l'autographique multiple ou pluriel est une sorte de régime mixte entre ces deux types idéaux.

en créant une véritable rareté matérielle (tirages limités de photographies) soit en imposant cette rareté par des clauses contractuelles (nombre limité de protocoles en circulation, obligation de ne reproduire la performance en présence de l'artiste, etc.).

CONCLUSION DU TITRE TROISIEME

Une démarche similaire animait, dans les années 1960, les artistes de la performance et de l'art corporel et ceux des autres courants de la « dématérialisation » (art conceptuel, art minimal, *arte povera*, etc.). Il s'agissait, pour tous ces courants artistiques, de contester la commercialisation de l'art en la privant d'objet ou du moins en rendant l'objet créé si dépendant de son environnement qu'il ne pouvait s'en détacher pour être vendu sur le marché. Leur production artistique ne trouve pas d'incarnation dans une forme stable, dans un artefact. Au contraire, il s'agit pour les artistes de l'art corporel de créer une expérience partagée avec le public qui ne peut se résumer en la production d'un objet d'art. De plus, en tant qu'il repose sur une expérience vécue pendant le temps donné de la performance, l'art corporel s'inscrit dans un moment précis qui est, *a priori*, irreproductible et insaisissable ce qui le rend inappropriable pour une institution ou un collectionneur. Cette difficulté à faire entrer ces œuvres dans le champ du marché n'est pas une conséquence imprévue de l'évolution des pratiques artistiques mais constitue, pour beaucoup de ces artistes, une volonté délibérée qui peut fonder leur démarche – de la posture militante de l'*arte povera* à la réflexion théorique de l'art conceptuel[1067].

Il n'est ainsi pas étonnant de constater que l'art corporel ne peut être saisi de façon tout à fait satisfaisante par le droit d'auteur. C'est au contraire en raison de certaines caractéristiques de ces œuvres (leur caractère éphémère, incarné dans un corps particulier, leur dimension aléatoire, etc.) qui était sciemment prévues pour échapper aux institutions muséales et marchande que le droit peut se trouver déstabilisé. Ainsi le droit d'auteur ne peut prendre en compte la dimension d'expérience qui est pourtant essentielle aux artistes mais doit se contenter de saisir une forme, qui peut s'apparenter à la chorégraphie, en l'élargissant éventuellement à certains éléments d'environnement.

Ainsi, il paraît logique que pour parvenir à mettre ces œuvres corporelles en circulation, il faille accepter de renoncer et, dans une certaine mesure, de trahir les caractéristiques substantielles qui ont fondé le genre – en particulier l'incarnation dans un corps donné et l'éphémérité. À cette condition, cette forme artistique pensée contre les institutions, y compris contre le droit, s'en

---

[1067] V. L. Lippard, *Six Years – The Dematerialization of the Art Object from 1966 to 1972*, University of Califormia Press, 1997, p. xiv.

accommode en fait assez bien. Les artistes se servent ainsi des outils juridiques qui leur sont disponibles (y compris mais pas uniquement le droit d'auteur) – comme le font les acteurs du marché de l'art ou les institutions muséales. Ainsi, alors que certains auteurs réclament une adaptation du droit aux pratiques artistiques contemporaines, nous constatons plutôt un processus d'adaptation des pratiques des artistes (et plus largement du monde de l'art) vers le droit.

TITRE DERNIER - Le corps rémanent dans l'œuvre

Les artistes comme les institutions du milieu artistique (galeries, collectionneurs, musées) parviennent à faire circuler l'œuvre d'art corporel sur le marché de l'art comme s'il s'agissait d'une chose, voire d'une marchandise. Le fait que l'œuvre soit aussi, incidemment, un corps et parfois une personne, ne gêne pas forcément son exploitation car, comme nous l'avons vu dans le titre précédent, il existe des moyens de faire circuler l'œuvre en la détachant du corps qui la supporte. Ainsi, le corps s'efface souvent devant sa trace, en particulier sa trace photographique. Celle-ci crée un rapport à l'œuvre qui remplace le rapport direct sans même, selon certains auteurs, perdre sa qualité charnelle[1068].

Dans une perspective plus théorique, l'art corporel (ou du moins la performance) peut s'interpréter comme une esthétique de la disparition du corps du fait du caractère forcément éphémère de ses manifestations[1069]. Son évolution peut aussi être une histoire de l'obsolescence de la chair[1070]. La fin, aboutissement et conclusion, de l'art corporel pourrait ainsi se trouver dans l'immatérialité et les « corps dispersé » de l'art numérique[1071]. D'ailleurs même les artistes qui ont eu une pratique artistique corporelle très intense ne dédaignent pas l'expérimentation virtuelle, à l'exemple d'Orlan qui a trouvé, depuis la fin des années 1990, une manière différente de produire des œuvres à partir de son corps avec ses *Self-hybridations* qui sont des montages photographiques.

Pourtant, à rebours de ce mouvement de désincarnation de l'art corporel, nous voudrions étudier, dans le titre qui suit, la façon dont le corps persiste dans l'œuvre. En effet, l'art corporel reste dépendant du corps qu'il place au centre de sa pratique. Nous nous proposons donc de considérer l'art corporel comme un art de la présence (celle de l'artiste ou celle d'interprètes)[1072]

[1068] En particulier, K. O'Dell, « Displacing the Haptic: Performance Art, the Photographic Document, and the 1970s » *in Performance Research: A Journal of Performing Arts*, vol. 2, n°1, 1997, p. 73-81.

[1069] En ce sens, P. Phelan, *Unmarked: The Politics of Performance,* Psychology Press, 1993.

[1070] V. le courant transhumaniste de l'art corporel, proche du bio-art, représenté notamment par l'artiste autralien Sterlac.

[1071] V. A. Jones, *Body Art / Performing the Subject*, University of Minnesota Press, 1998, p. 197 et s.

[1072] V. sur la présence, J. Sato (dir.), L'artiste en personne, Presses universitaires de Rennes, 1998.

afin de saisir l’œuvre dans sa matérialité. Or, cette matérialité, en l’occurrence, est aussi une corporéité.

Ce constat soulève deux séries de questions : questions relatives, d’abord, à l’impact de cette corporéité sur l’exploitation de l’œuvre – qu’elle tend naturellement à entraver, tant la protection du corps et des droits qui y sont associés est prépondérante. Si le statut de corps d’une œuvre ne fait bien sûr pas intégralement obstacle à son exploitation, il n’en exige pas moins d’être pris en compte.

Mais surtout, au-delà de ce premier champ relativement restreint de l’exploitation de l’œuvre, la corporéité de l’œuvre inhérente à l’art corporel nous conduit nécessairement à interroger le regard que nous portons sur le droit d’auteur, et va jusqu’à remettre en cause, dans une optique encore plus large, l’appréhension du corps par notre droit. En proposant une alternative à la notion d’auteur aujourd’hui aux fondements du droit d’auteur, en mettant en lumière le processus par lequel le sujet se construit lui-même, en soulignant l’imparfaite prise en compte du corps, et de la vulnérabilité qui y est associée, par le droit, l’art corporel nous amène à une lecture nouvelle de ces concepts (auteur, sujet, vulnérabilité), remet en cause de fausses évidences et suggère une évolution des pratiques juridiques. Il nous force à penser, en définitive, un véritable bouleversement conceptuel.

Le corps s’affirme à travers l’œuvre d’art mais aussi par des règles de droit, comme nous le constatons en nous intéressant à la façon dont la corporéité de l’œuvre, et les règles de droit qui l’encadrent, influent sur la possibilité d’exploiter le support de l’œuvre (chapitre 1). Dans un renversement de perspective, il s’agira ensuite de voir comment le corps construit comme œuvre d’art participe aux débats sur l’évolution des notions d’auteur et de sujet (chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'EXPLOITATION DE L'ŒUVRE SUBORDONNEE A LA PROTECTION DU CORPS

Dans ce chapitre, nous nous intéresserons à la façon dont la dimension corporelle qui persiste dans les œuvres d'art que nous étudions se manifeste juridiquement face à la propension, observée au titre précédent, d'en faire des objets communs, voire des marchandises. C'est bien par le corps que cette résistance se révèle.

Toutefois, il serait trop expéditif de penser que, du fait du statut protecteur qui encadre juridiquement le corps, tous les droits qui pourraient concerner ou l'aspect immatériel de l'œuvre d'art (saisi par le droit d'auteur) ou son aspect matériel (droits réels sur le support) sont totalement empêchés de se déployer.

Évidemment le fait que l'œuvre d'art corporel soit aussi un corps a pour conséquence que l'exercice de certains droits est restreint, mais la situation est aussi plus subtile que ce simple aspect restrictif. Ainsi, nous verrons que, si le corps s'affirme, ce n'est pas toujours « contre » d'autres droits. Par ailleurs, les nombreuses formes que peut prendre l'œuvre d'art corporel (œuvre attachée au corps de l'auteur lui-même ou au corps d'autrui, installation de parties du corps détachées ou performance mettant en scène des interprètes, etc.) ont des implications juridiques qui peuvent différer, ce qui rend toute généralisation impossible.

C'est pourquoi nous nous attacherons à examiner en détail comment les règles juridiques encadrant le corps interagissent avec les prérogatives de l'auteur (section 1) et avec les droits réels qui pourraient permettre l'exploitation du support de l'œuvre (section 2).

SECTION 1. L'exercice des droits de l'auteur entravé par l'interférence du corps d'autrui

Le fait que l'œuvre d'art corporel soit incarnée provoque des interférences entre le contrôle qu'une personne possède sur son propre corps et les droits dont l'auteur dispose sur une œuvre de l'esprit. Évidemment, il existe différentes situations selon que l'artiste utilise son propre corps dans l'œuvre ou celui d'autrui : lorsque le corps de l'auteur et l'œuvre sont confondus, l'exercice des droits de la personne sur son corps ne s'oppose pas à celui des droits d'auteurs alors que des problèmes pourront se poser lorsque le corps d'autrui est en jeu. Ainsi, les

interactions entre les droits liés au corps et les droits de l'auteur ne peuvent être complexes et nous distinguerons ici, pour les étudier, les droits patrimoniaux (§ 1) des droits moraux de l'auteur (§ 2).

Paragraphe 1. Le corps et les droits patrimoniaux de l'auteur

Il s'agit d'examiner comment les œuvres d'art corporel, qui sont incarnées dans un corps, affectent l'exercice des droits patrimoniaux de l'auteur. Le droit de reproduction entre en concurrence avec le droit de la personne sur l'image de son corps – qui dans le cas de l'art corporel est aussi l'image de l'œuvre (A). Le droit de représentation peut, quant à lui, se heurter au droit d'une personne à disposer de son corps et à circuler librement (B).

A. Droit à l'image et droit de reproduction

L'exploitation de l'œuvre corporelle, qui se fait souvent par le biais de photographies de l'action, conduit à interroger le droit de reproduction au regard du droit à l'image. Ce droit à l'image peut certes venir au soutien de l'exploitabilité de l'œuvre lorsque celle-ci est portée par l'artiste lui-même (1), mais il constitue dans le cas inverse un frein au droit de reproduction (2).

1. Le droit à l'image, substitut du droit de reproduction

Si l'œuvre d'art corporel est incarnée dans le corps de l'artiste lui-même, le droit à l'image peut venir soutenir ses prérogatives de droit d'auteur ou pallier leur absence. Ainsi le droit à l'image, qui permet à une personne de contrôler l'image de son corps, peut permettre à l'artiste de contrôler les reproductions de son œuvre sans passer par le droit d'auteur, puisque son œuvre se confond avec son corps. Comme le remarque Édouard Treppoz, une œuvre confondue avec

le corps de son auteur n'a finalement « plus à accéder au rang de forme originale pour être protégée » puisqu'elle peut l'être « à travers l'image de la personne »[1073].

Le droit à l'image ne pourrait être équivalent au droit de reproduction qu'à certaines conditions : il faut d'une part que l'œuvre d'art utilise le corps de l'artiste lui-même et pas celui d'un modèle et d'autre part que l'exploitation de l'œuvre se fasse par le biais de la captation (photographique par exemple) de son image. Dans ces conditions, il est pertinent de se demander si le droit à l'image peut assurer une fonction si proche du droit de reproduction qu'il pourrait être qualifié de « substitut parfait de la protection par le droit d'auteur »[1074].

Pour examiner si le droit à l'image peut constituer un substitut efficace au droit de reproduction, nous pouvons distinguer les deux fonctions de ce droit patrimonial de l'auteur. D'une part, le droit de reproduction a une fonction négative : il permet à l'auteur d'interdire toute reproduction ou exploitation non autorisée de son œuvre (α). D'autre part, il a aussi une fonction positive : l'auteur peut organiser l'exploitation de son œuvre et en titrer une rémunération par le biais d'un contrat de cession ou de licence de son droit de reproduction (β).

α. La fonction négative du droit de reproduction

L'utilisation du droit à l'image pour remplacer le droit de reproduction dans sa fonction d'interdiction semble faire peu de doute. La Cour de cassation rappelle ainsi que « chacun a le droit de s'opposer à la reproduction de son image »[1075]. Le droit à l'image permet à l'artiste d'interdire la reproduction de son image, ce qui équivaut, lorsque le corps et l'œuvre d'art sont confondus, à interdire la reproduction de son œuvre.

De plus, l'artiste dont l'image aurait été exploitée sans son consentement peut aussi obtenir une réparation pécuniaire, comme l'illustre l'affaire Sorbelli[1076]. Dans cette affaire que nous avons déjà évoquée, le droit à l'image fut en effet utilisé par l'artiste de performance Alberto Sorbelli pour protéger son œuvre et son image confondues en une performance artistique. L'artiste demandait, nous l'avons vu, à se voir reconnaître le statut d'auteur des photographies de sa performance, prises par la photographe Kumiko Yoshida, mais il fondait également une autre demande sur son droit à l'image. Il souhaitait en effet obtenir réparation du préjudice financier

[1073] É. Treppoz, « Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain ? » *in RIDA*, n° 204, 2005, p. 73.
[1074] V. E. Treppoz, *op. cit.,* p. 73,
[1075] Cass. civ. 1[ère], 13 janv. 1998, n° 95-13.694 et 16 juill. 1998, n° 96-15.610.
[1076] CA Paris, 3 décembre 2004, n° 04-06726. V. analyse plus détaillée de l'arrêt *supra* p. 304.

causé par une exploitation non autorisée de son image. Or, cette demande fut reçue par la juridiction de première instance comme par la juridiction d'appel, selon laquelle « la vente par Mlle Yoshida de plusieurs clichés représentant M. Sorbelli sans son autorisation alors que ces photographies avaient été prises dans le but d'une exposition au Japon, il avait été porté atteinte à son droit à l'image et qu'il en résultait un préjudice patrimonial, ayant été privé de tout bénéfice tiré de l'exploitation de son image »[1077].

Dans cet arrêt, il est intéressant de noter que la cour semble reconnaître une sorte de droit de destination en ce qu'elle relève qu'en vendant les clichés de la performance, la photographe avait outrepassé le consentement de l'artiste qui n'avait été obtenu qu'en vue d'un événement spécifique (l'exposition au Japon). La solution peut paraître assez classique puisque la possibilité de n'autoriser l'utilisation de son image qu'à certaines fins spécifiques a été reconnue par la Cour de cassation[1078]. Ainsi, si une personne consent à l'utilisation de son image dans un but déterminé, toute utilisation dans un autre cadre porte atteinte à son droit à l'image.

Cependant, en l'occurrence, la décision de la cour d'appel nous paraît contestable parce qu'elle ne condamne pas une reproduction de l'image mais la vente d'exemplaires physiques des photographies. Comme le note Édouard Treppoz, cette décision est « surprenante, pour ne pas dire, excessive » en ce qu'elle implique que « le photographe ne peut, sans l'autorisation de la personne photographiée, vendre le tirage, dont elle est pourtant propriétaire »[1079].

Or, la cour d'appel nous semble aboutir à cette curieuse solution parce qu'elle confond l'image et son support (le cliché physique). Même si le droit à l'image et le droit d'auteur ne suivent pas le même régime[1080], une comparaison peut ici s'avérer pertinente dans la mesure où l'image et l'œuvre de l'esprit sont deux choses incorporelles qui peuvent s'incarner dans un support matériel. En droit d'auteur, l'œuvre est bien distinguée de son support. En conséquence, l'auteur

---

[1077] CA Paris, 3 décembre 2004, n° 04-06726.

V. E. Treppoz, « L'art contemporain entre droit d'auteur et droit à l'image » *in D.* 2005, p. 1237 : « L'atteinte ne dépend pas de la diffusion de la représentation, mais de la vente du support. C'est dire que le photographe ne peut, sans l'autorisation de la personne photographiée, vendre le tirage, dont elle est pourtant propriétaire. La solution est surprenante, pour ne pas dire, excessive. »

[1078] V. Cass. civ. 1ère, 30 mai 2000, n° 98-14.610. Dans cet arrêt la Cour reconnaît qu'une célébrité ayant autorisé l'utilisation à des fins publicitaires de photographies la représentant peut s'opposer, sur le fondement du droit à l'image, à ce que ces mêmes clichés soient publiés dans un article de presse. En effet, cette utilisation ne « respectait pas la finalité visée dans l'autorisation donnée par l'intéressé ».

[1079] E. Treppoz, « L'art contemporain entre droit d'auteur et droit à l'image » *in D.,* 2005, p. 1237.

[1080] V. T. Hassler, « Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image » in *Légipresse* 2007, II, p. 123 et discussion *infra* p. 330 et s.

ne peut pas s'opposer à la vente du support – sauf évidemment s'il en est lui-même le propriétaire – ; il ne contrôle que l'exploitation de l'œuvre (par reproduction ou représentation au public). De même dans l'affaire Sorbelli, le droit à l'image aurait dû donner à l'artiste le droit de contrôler son image mais pas le support de celle-ci. Ainsi, la photographe aurait atteint au droit à l'image de l'artiste si elle avait publié les photographies représentant Alberto Sorbelli dans la presse ou si elle les avait exposées dans un autre cadre que celui auquel ce dernier avait préalablement consenti – puisqu'il y aurait alors eu une exploitation non autorisée de l'image de l'artiste. Toutefois, la photographe aurait aussi dû être libre de vendre les tirages physiques des clichés, tirages dont elle était propriétaire. La vente ne constituait pas une exploitation de l'image, mais un transfert du support.

La solution de la cour d'appel dans l'affaire Sorbelli nous semble donc étendre trop loin le domaine du droit à l'image, mais l'arrêt confirme que ce droit peut bien être utilisé pour protéger une œuvre d'art corporel. Lorsque l'image du corps de l'artiste est confondue avec celle de son œuvre, le droit à l'image permet donc à l'artiste de faire condamner une exploitation non-autorisée de l'image de sa création – et ce quelle que soit le statut de celle-ci au regard du droit d'auteur. Il peut effectivement se substituer, dans une certaine mesure, au droit de reproduction dans son versant négatif, en empêchant une reproduction ou une exploitation non autorisée de l'œuvre d'art.

Cependant, même pour cette seule fonction négative, la substituabilité n'est pas parfaite. Le droit à l'image ne permet d'interdire qu'une reproduction du corps de l'artiste lui-même – donc de l'œuvre si l'œuvre et l'artiste sont confondus – mais il ne permet pas, contrairement au droit d'auteur, d'agir contre la contrefaçon. Ainsi, sur le fondement du droit à l'image, il n'est pas possible de s'opposer à ce qu'une autre personne réalise une performance largement identique et la photographie. Ce serait alors l'œuvre qui serait reproduite et non plus l'image de l'artiste. Le droit à l'image offre donc une certaine protection mais celle-ci se limite à l'œuvre d'origine – celle qui est, logiquement, incarnée par le corps de l'artiste – sans s'étendre à d'éventuelles imitations.

β. La fonction positive du droit de reproduction

Serait-il possible d'imaginer que le droit à l'image puisse, dans certains cas, remplacer le droit de reproduction dans son versant positif et permettre à l'artiste d'organiser l'exploitation rémunérée de l'œuvre d'art corporel ? Une différence fondamentale entre droit de reproduction

et droit à l'image semble écarter d'emblée cette possibilité. En effet, le droit à l'image est un droit de la personnalité et, en tant que tel, a une nature extrapatrimoniale tandis que le droit de reproduction est un droit patrimonial. Ainsi, ce droit de reproduction doit permettre à l'auteur d'exploiter commercialement son œuvre, ce qui n'est *a priori* pas possible en passant par le biais du droit à l'image – puisque ce dernier, en tant que droit extrapatrimonial, ne pourrait avoir de valeur pécuniaire. Cependant, le droit à l'image s'est largement « patrimonialisé », avec le développement, dans la pratique, de contrats sur l'image permettant en particulier à des personnes célèbres d'exploiter commercialement leur image[1081].

D'un point de vue plus théorique, alors que l'existence d'un droit patrimonial à l'image tend à être reconnu dans la doctrine[1082], de nombreux auteurs notent les similitudes entre droit à l'image et droit d'auteur. Ainsi, certains considèrent que le droit à l'image a une double nature, patrimoniale et extrapatrimoniale, reflétant la dualité (droits moraux et patrimoniaux) du droit d'auteur[1083]. D'autres notent que le droit à l'image, dans son acception patrimoniale, permet d'empêcher la diffusion de l'image et de disposer du monopole de son exploitation, comme les droits patrimoniaux de l'auteur le permettent pour l'œuvre[1084]. L'attraction du droit d'auteur est d'ailleurs si forte qu'il serait possible d'envisager le droit à l'image comme un droit voisin du droit d'auteur[1085]. S'il ne nous revient pas de déterminer la nature du droit à l'image, il nous paraît difficile de nier sa patrimonialisation de fait et nous pouvons au moins constater qu'il est similaire au droit d'auteur en ce qu'il permet effectivement l'exploitation commerciale d'un « bien » incorporel, en l'occurrence l'image.

La question qui peut se poser ensuite est celle de savoir si l'aspect patrimonial du droit à l'image peut être utilisé de la même façon pour tous. En effet, la possibilité d'exploiter commercialement son image est reconnu en particulier pour les célébrités et pourrait être justifiée par la notoriété. Cela est particulièrement explicite dans les décisions de certaines

---

[1081] V. notamment et C. Caron, « Les contrats d'exploitation de l'image de la personne », in *L'image*, 2005, p. 95.

[1082] *Contra* v. par exemple L Marino, « Les contrats portant sur l'image des personnes » *in Comm. com. électr.,* n° 3, 2003, chron. 7 ou J. Antippas, « Propos dissidents sur les droits dits "patrimoniaux" de la personnalité » *in RTD com.*, 2012, p. 35.

[1083] En particulier, E. Gaillard, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français » *in D.* 1984, p. 161. V. aussi D. Acquarone, « L'ambiguïté du droit à l'image » *in D.* 1985, p. 129 et G. Loiseau, *Le nom objet d'un contrat*, 1997, LGDJ, n° 426 et s.

[1084] T. Hassler, « Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image » in *Légipresse* 2007, II, p. 123.

[1085] C. Deschanel. *Le droit patrimonial à l'image: émergence d'un nouveau droit voisin du droit d'auteur,* Université d'Avignon, 2017. V aussi C. Caron, Un nouveau droit voisin est né: le droit patrimonial sur l'image *in Comm. com. électr.*, 2006, comm. 4.

juridictions du fond qui concernent la transmission aux héritiers du droit d'exploiter l'image d'une personne décédée. Ainsi, dans une décision concernant la publication non autorisée de photographies de famille de Coluche après le décès de ce dernier, la cour d'appel de Paris a estimé que les héritiers de l'humoriste avaient bien subi un préjudice patrimonial. En revanche, la publication de photographies de la mère de Coluche ne pouvait pas constituer un préjudice patrimonial dans la mesure ou l'intéressée n'avait pas « par sa notoriété ou son activité, conféré une valeur commerciale à son image »[1086]. Ainsi, des auteurs estiment même que le droit patrimonial à l'image, puisqu'il n'est justifié que par la valeur économique de la célébrité, doit être rattaché à des droits de la notoriété et distingué des droits de la personnalité[1087].

Or, si les artistes d'art contemporain peuvent jouir d'une certaine notoriété dans le milieu de l'art, ils ne sont pas, en général, célèbres parmi le grand public. Ainsi, il est possible de se demander si, en tant que personnes de faible notoriété, ils disposent d'un droit patrimonial sur leur image qui leur permettrait d'exploiter commercialement cette dernière. Dans l'arrêt Sorbelli évoqué plus haut, la cour d'appel de Paris répond positivement à cette interrogation[1088]. Elle reconnaît qu'Alberto Sorbelli, artiste reconnu par la critique mais largement inconnu du grand public, a subi un préjudice patrimonial en ayant « été privé de tout bénéfice tiré de l'exploitation de son image »[1089]. Si l'exploitation de l'image de l'artiste sans son accord constitue un préjudice patrimonial, c'est bien que cette image a une valeur commerciale. Édouard Treppoz critique précisément la décision en ce qu'elle accorde à un relatif inconnu un droit patrimonial sur son image. Selon lui, le préjudice lié au droit à l'image qu'a subi Alberto Sorbelli « doit rester moral et ne peut devenir patrimonial »[1090]. Cependant, même si la célébrité d'un artiste est limitée, il est, dans sa fonction d'artiste, une personnalité exposée au public et son image peut effectivement avoir une valeur commerciale. D'ailleurs, la cour d'appel de Paris, dans l'arrêt Coluche évoqué plus haut, précise que la valeur commerciale de l'image d'une personne découle de « sa notoriété ou *son activité* »[1091]. Il est donc tout à fait envisageable

[1086] CA de Paris, 10 sept. 1996, *D,*. 1998, p. 87 , obs. C. Bigot ; *RIDA,* 1997, n° 171, p. 345.

V. aussi TGI d'Aix-en-Provence, 24 nov. 1988, *JCP,* 1989, n° 21329, note J. Henderycksen et CA d'Aix-en-Provence, 21 mai 1991, *RJDA,* 1991, n° 756 ; ainsi que CA de Grenoble, 24 juin 2002, *Légipresse,* 2002, n° 195, p. 11

[1087] J.-M. Bruguière « "Droits patrimoniaux" de la personnalité » in *RTD civ.,* 2016, p. 1 et J.-M. Bruguière et B. Gleize, *Droits de la personnalité,* Ellipses, 2015.

[1088] CA Paris, 3 décembre 2004, n° 04-06726.

[1089] *Ibid.*

[1090] E. Treppoz, « L'art contemporain entre droit d'auteur et droit à l'image » *in D.,* 2005, p. 1237.

[1091] CA de Paris, 10 sept. 1996, *D,*. 1998, p. 87 , obs. C. Bigot ; *RIDA,* 1997, n° 171, p. 345. Nous soulignons.

qu'une activité artistique, bien qu'ayant une audience relativement restreinte, confère une certaine valeur à l'image d'un artiste. Aussi le droit à l'image permet, selon nous, à l'artiste d'organiser une exploitation commerciale de l'image de son corps.

Ainsi, le droit à l'image peut remplir les fonctions, positive et négative, du droit de reproduction. Cependant le régime attaché au droit à l'image est bien moins avantageux que celui du droit d'auteur. En ce qui concerne le seul droit de reproduction, ainsi que nous l'avons noté, le droit à l'image permet d'autoriser ou de refuser la reproduction de l'œuvre corporelle d'origine, celle qui serait incarnée par l'artiste, mais ne permet pas de s'opposer à son imitation[1092]. Plus largement, le droit à l'image n'offre pas les garanties qui sont attachées au statut d'auteur : la rémunération d'un contrat sur l'image est *a priori* forfaitaire et non proportionnelle et, surtout, le droit à l'image ne s'accompagne pas de droits moraux[1093]. Du fait du degré de protection inférieure du droit à l'image, ce dernier est loin d'être parfaitement substituable au droit de reproduction ou, *a fortiori,* au droit d'auteur. Dans la pratique, il semble donc que les artistes n'aient pas d'intérêt à utiliser le droit à l'image au lieu du droit d'auteur, mais uniquement en complément de celui-ci.

2. Le droit à l'image, frein à l'exercice du droit de reproduction

Si l'œuvre est liée au corps d'autrui, le droit à l'image vient alors se heurter aux prérogatives du droit d'auteur, et notamment au droit de reproduction. Le droit de reproduction permet à l'auteur de reproduire ou d'autoriser la reproduction de son œuvre – c'est-à-dire la « fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte »[1094]. Or, si l'œuvre est aussi le corps d'une autre personne, ou si elle a le corps d'une autre personne pour support, cette dernière dispose d'un droit concurrent sur son image.

La question de l'articulation entre ces deux droits contradictoires peut alors se poser. Le cas du tatouage constitue un bon point de départ pour notre raisonnement puisqu'un tatouage est irrémédiablement lié au corps qui en constitue le support. L'auteur du tatouage est *a priori* le

---

[1092] V. *supra* p. 330.

[1093] Ce que note É. Treppoz, « Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain ? » *in RIDA*, n° 204, 2005, p. 73.

[1094] Art. L 122-3 du code de la propriété intellectuelle.

tatoueur, une personne différente de la personne tatouée[1095]. Or, des problèmes peuvent survenir notamment lorsqu'une personne célèbre tatouée souhaite exploiter sa propre image – image qui comprendrait donc le tatouage – sans l'accord de l'auteur de ce tatouage. La question se pose en effet avec plus d'acuité pour les tatouages de personnes célèbres parce qu'elles peuvent commercialiser leur image[1096]. Ainsi la cour d'appel de Paris a eu à connaître d'une affaire qui concernait l'exploitation de l'un des tatouages de Johnny Halliday[1097].

La maison de disques de Johnny Halliday avait exploité le dessin d'un tatouage du chanteur, représentant un aigle, sur la jaquette de l'enregistrement d'un de ses concerts ainsi que sur des produits dérivés. Le tatoueur auteur de ce dessin, qui n'avait pas autorisé ces exploitations, demandait la condamnation de la maison de disques pour des actes de contrefaçon. Or, selon cette dernière, le tatouage faisait partie de l'image de Johnny Halliday même lorsqu'il était considéré indépendamment de la photographie de ce dernier. Ainsi le tatoueur n'aurait pu empêcher l'exploitation de son œuvre qui faisait partie des attributs de la personnalité du chanteur. La cour se décida autrement en expliquant que :

> « Le dessin de Jean-Philippe Daures tatoué sur le bras droit de Johnny Hallyday constitue certes un attribut de la personnalité du chanteur ; qu'il serait donc loisible à la société Polygram d'exploiter, avec l'accord de Johnny Hallyday, la photographie de ce dernier sur le bras duquel, comme l'ont indiqué les premiers juges, le tatouage serait visible "nécessairement mais de façon accessoire" ; Mais […] que tel n'est pas le cas en l'espèce où la société Polygram et la société Western Passion ont reproduit, non pas une photographie de Johnny Hallyday sur laquelle serait visible le tatouage de celui-ci, mais le dessin de ce tatouage dont Jean-Philippe Daures est l'auteur et sur le quel Johnny Hallyday ne possède ni ne peut céder de droits. »

Cette décision illustre d'abord le principe selon lequel un droit d'auteur peut exister sur un dessin tatoué. Ainsi le fait que ce dessin ait le corps pour le support est sans incidence sur l'existence du droit. Cependant, il peut réduire la portée des prérogatives qui y sont attachées. En l'espèce, la cour d'appel a retenu la contrefaçon dans la mesure où le dessin tatoué avait, précisément, été détaché du corps du chanteur et exploité indépendamment de l'image de ce

[1095] V. *supra* p. 270.
[1096] V. *supra* p. 330.
[1097] CA Paris, 3 juillet 1998, n°97/00183, Sté Polygram c. Daures.

dernier. La juridiction rend explicite le fait qu'elle n'aurait pas pris la même décision si ce dessin était, au contraire, resté lié à l'image du chanteur. Le tatoueur n'aurait pas pu s'opposer à l'exploitation de son œuvre dans le cadre d'une photographie du corps de la célébrité puisqu'alors, le tatouage aurait été visible seulement de façon accessoire[1098]. Ainsi le droit de la personne tatouée à maîtriser son image (et à l'exploiter) contraint l'exercice du droit de reproduction dont dispose le tatoueur.

Si le tatouage en constitue un exemple très évident, l'auteur voit son droit de reproduction limité dès lors que son œuvre est attachée au corps d'autrui. Ainsi, une opposition similaire entre droit de reproduction et droit à l'image identique apparaît lorsque l'auteur souhaite exploiter les photographies de son œuvre de performance, lorsque cette dernière utilise des interprètes[1099]. Le droit de reproduction de l'œuvre est détenu par l'auteur mais l'interprète dispose d'un droit sur sa propre image. Lorsque l'œuvre et l'image de l'interprète sont confondues, comme pour les performances, cela rend plus complexe l'exploitation. L'auteur ne peut alors reproduire son œuvre sous forme de photographies ou d'enregistrement vidéographique qu'après s'être assuré de disposer de l'autorisation de l'interprète à la captation de son image. De même, les exploitations des images de l'œuvre (expositions, publications, etc.) sont soumises au consentement de l'interprète à l'exploitation de son image[1100].

[1098] V. sur l'accessoire, Cass. civ. 1ère, 15 mars 2005, n° 03-14.820.

[1099] Or la commercialisation de photographies est un mode privilégié d'exploitation des œuvres de performance. V. *supra* p. 309 et s.

[1100] Certaines décisions ont pu autoriser la publication de photographies artistiques prises à l'insu des modèles sur le fondement de la liberté d'expression. V. CA Paris, 5. nov. 2008, n° 07/10198, TGI Paris, 17ème ch., 9 mai 2007, n° 06/03296 et 25 juin 2007, n° 06/10149.

Toutefois il ne nous semble pas que ces décisions puissent s'étendre au cas d'un artiste exploitant sans leur consentement des photographies des interprètes de son œuvre. En effet, les décisions de justice précitées concernent le même photographe sont la démarche artistique consistait à prendre des clichés de personnes à la volée et dans l'espace public afin d'offrir un commentaire sur la société. Le tribunal de grande instance de Paris, dans sa décision du 9 mai 2007, insiste particulièrement sur le fait qu'il était impossible au photographe, compte tenu de ses méthodes de travail, de recueillir le consentement des personnes photographiées. C'est en cela que le droit à l'image des sujets photographiés devait, en l'occurrence, céder devant le droit à la liberté d'expression artistique du photographe. En revanche, dans le cas d'un artiste qui souhaiterait photographier les interprètes d'une performance, rien ne rend impossible ou particulièrement difficile l'obtention préalable du consentement de ces interprètes.

B. Droit à disposer de son corps et droit de représentation

Les interférences entre le droit de la personne sur son corps et le droit de représentation dépendent en partie du mode d'exploitation de l'œuvre d'art corporel. Ainsi, le schéma sera assez classique, et le droit de représentation trouvera à s'exercer dans la plupart des cas sans entrave, si l'œuvre est considérée comme une œuvre des arts vivants et est donc représentée en tant que spectacle (1). En revanche, la situation peut s'avérer plus complexe si l'œuvre est exposée selon le modèle d'exploitation des arts plastiques (2).

1. L'œuvre d'art corporel représentée comme un spectacle

Le droit de représentation peut être utilisé pour faire circuler l'œuvre d'art corporel comme un spectacle. Cela est possible en particulier pour les œuvres de performance. Même si chaque occurrence d'une performance est unique, il peut exister des éléments reproductibles : une certaine mise en scène, des mouvements chorégraphiés, des éléments de texte, etc. Certes, le caractère unique des performances, en tant qu'expérience directe et partagée entre un artiste et son public, est constitutif du genre[1101]. Cependant, il faut constater que les performances tendent à être aujourd'hui plus théâtrales que dans les années 1960 et 1970[1102] et que de nombreuses performances sont, effectivement, rejouées comme le seraient des spectacles.

L'artiste et critique Antoine Pickels note qu'en comparaison de la difficulté que connaissent de nombreux artistes de performance à s'insérer sur le marché des beaux-arts, le monde des arts de la scène offre souvent davantage de reconnaissance. Présenter sa performance comme un spectacle peut permettre à l'artiste de « montrer son travail, de le produire, éventuellement d'en vivre »[1103], même si cela entraîne aussi souvent une perte de prestige pour l'artiste qui renonce à son statut de « plasticien » et amène des contraintes liées aux lieux de présentation – un théâtre

---

[1101] T. de Duve, « Performance ici et maintenant : l'art Minimal, un plaidoyer pour un nouveau théâtre » *in* T. de Duve, *Essais datés I, 1974-1986*, Editions de la Différence, Paris, 1987, p. 159-205.

[1102] V. R. Goldberg, *La Performance : Du futurisme à nos jours,* Thames & Hudson, 2012.

[1103] A. Pickels, « Performance : de l'évasion du marché à la conformation au marché » *in Ligeia*, vol. 117-120, n° 2, 2012, p. 144.

impose la frontalité et un nombre assez élevé de spectateurs, et demande en général des spectacles d'une durée standard d'une ou deux heures[1104].

En ce qui concerne l'exercice du droit d'auteur, lorsque l'œuvre est « placée » dans le corps d'interprètes interchangeables, le droit de représentation peut être utilisé sans entrave. Comme pour n'importe quel spectacle, l'auteur a la possibilité d'autoriser la représentation de son œuvre dans diverses structures et par divers interprètes et perçoit une rémunération au titre de son droit d'auteur.

Lorsque le corps auquel l'œuvre est attaché est celui de l'artiste lui-même, l'exercice du droit de représentation ne pose pas non plus de problème particulier. En effet, dans ce cas de figure, le droit de représentation portant sur l'œuvre se superpose avec les droits dont dispose la personne sur son propre corps (notamment le droit à l'autonomie personnelle et la liberté d'aller et venir).

Il n'existe donc un conflit entre droit de représentation et support corporel de l'œuvre que lorsque cette dernière est liée au corps d'une personne qui n'est pas l'auteur et qu'elle ne peut circuler indépendamment de ce corps. Cela ne nous paraît pas pouvoir être le cas pour les performances qui, si elles doivent être réitérées, ont toujours la possibilité d'être interprétées par d'autres corps même si l'effet en sera forcément différent. En revanche, le cas peut se présenter lorsque l'artiste réalise des modifications corporelles sur le corps d'autrui. Or, dans ce cas, l'exploitation de l'œuvre ne suit plus le modèle des arts de la scène, mais plutôt celui des arts plastiques.

2. L'œuvre d'art corporel exposée comme un objet

Le droit de représentation au public semble destiné à permettre l'exploitation d'œuvres qui se représentent, telles que les œuvres des arts vivants – et être peu utile dans le domaine des arts plastiques. Il est pourtant pertinent en ce qu'il fonde le droit d'exposition des œuvres d'art plastique.

[1104] *Ibid.,* p. 144 et s.

Le droit d'exposition est l'un des domaines dans lesquels le principe de la distinction entre l'œuvre de l'esprit et son support est susceptible d'être à la source d'incertitudes juridiques[1105]. Ce droit d'exposition, dont la pertinence même en tant que droit indépendant est d'ailleurs discutée[1106], donnerait à son titulaire la possibilité d'autoriser l'exposition d'une certaine œuvre au public, dans des musées par exemple. Il s'agit donc d'un droit qui concerne uniquement les œuvres d'art plastique, incarnées dans un objet corporel, qui sont les seules susceptibles d'être exploitées par le biais d'expositions[1107]. Or, puisque ces œuvres sont intrinsèquement liées à leur support, la question qui a pu se poser concernant le droit d'exposition est la suivante : qui est à même d'autoriser l'exposition d'une œuvre d'art ? Le propriétaire du support ou le titulaire des droits patrimoniaux d'auteur, et en particulier du droit de représentation ? Les deux solutions pourraient en effet être justifiées. D'une part, le propriétaire du support dispose de la maîtrise de l'objet matériel qui incarne l'œuvre d'art. Selon les principes du droit de propriété, il a l'usage exclusif de son bien et il doit pouvoir accepter ou refuser de le mettre à disposition, en le prêtant ou le louant à une institution, en vue d'une exposition au public. Cependant, du point de vue du droit d'auteur, le droit d'exposition doit s'analyser comme une composante du droit de représentation au public puisque l'exposition constitue bien, pour une œuvre d'art plastique, un procédé de communication directe au public – ce qui répond à la définition légale de la représentation[1108].

La jurisprudence semble avoir clôt le débat sur l'existence d'un droit d'exposition détenu par l'auteur en rattachant, effectivement, l'exposition à la notion de représentation[1109]. Ainsi l'organisateur d'une exposition doit bien recueillir l'autorisation des auteurs des œuvres présentées ou de leurs ayants droit. Toutefois, il subsiste encore des incertitudes sur la portée

[1105] Dans un autre domaine, que nous ne développerons pas ici, en matière de régimes matrimoniaux, le droit d'auteur étant un bien propre au titre de l'article L. 121-9 du code de la propriété intellectuelle, la question se pose de savoir si le support de l'œuvre doit être un bien propre également. La jurisprudence distingue bien les deux et en déduit que le support de l'œuvre est dans la communauté. Cette solution ne fait toutefois pas l'unanimité parmi la doctrine. Voir notamment H. Desbois, *op. cit.* n° 227.

[1106] V. H. Desbois, *op. cit.* n° 259

[1107] Cette affirmation est certes à relativiser avec l'art contemporain. Par exemple T. Azzi « L'exercice du droit d'exposition des œuvres d'art » *in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 4, relève que certains types d'œuvres (qui relèvent par exemple du *land art* ou du *street art*) ne peuvent pas, de fait, être soumis au droit d'exposition.

[1108] Article L. 122-2 du code de la propriété intellectuelle.

[1109] Cass. civ. 1ère, 6 nov. 2002, n° 00-21.867 et 00-21.868. Ces deux décisions ont été rendues dans une affaire opposant un photographe à une association ayant organisé une exposition des clichés fournis par le propriétaire des tirages. Elles retiennent respectivement que « l'exposition au public d'une œuvre photographique en constitue une communication au sens de l'article susvisé [L. 122-2 du code de la propriété intellectuelle] » et que « la propriété incorporelle étant indépendante de celle de l'objet matériel, l'arrêt juge exactement que le droit de représentation de l'œuvre photographique dont jouit son auteur inclut celui de l'exposer à la vue du public ».

d'un tel droit d'exposition qui, en pratique, reste assez peu utilisé[1110]. De plus, la reconnaissance d'un droit d'exposition dont est titulaire l'auteur ou son ayant droit n'évite pas un éventuel conflit entre ce dernier et le propriétaire du support matériel de l'œuvre. En effet, si le droit d'exposition implique que l'auteur doit autoriser toute exposition de son œuvre, il n'impose pas en revanche d'obligation pour le propriétaire du support, lequel ne peut être forcé de donner accès au bien corporel qui soutient l'œuvre et se confond avec celle-ci[1111].

Pour l'art corporel, la question du droit d'exposition ne peut être posée en ces termes car il n'existe pas de « propriétaire » du support. En revanche, le support est « habité » par une personne qui dispose de droits, notamment d'un droit à l'autonomie personnelle. Ainsi le droit de représentation, qui justifie le droit d'exposition attribué à l'auteur, ne trouve pas à s'exercer puisqu'il se heurte à l'autonomie de la personne. Le droit de représentation n'est alors pas une prérogative de l'auteur de l'œuvre, mais de l'œuvre elle-même – ou plutôt de la personne dont le corps constitue le support de l'œuvre – puisque c'est cette dernière qui, au final, conserve la maîtrise de son propre corps[1112]. Cette situation annonce la perspective d'un « droit d'exposition des personnes », selon l'expression de Philippe Mouron[1113]. Cet auteur appelle de ses vœux la reconnaissance d'un tel droit comme une forme d'élargissement du champ du droit d'exposition :

> « Tout "corps" est susceptible d'une exposition, qu'il soit le corps d'une chose ou d'une personne. Cela entre même dans la définition de l'acte d'exposer. Pour cette raison, déjà, il est possible de défendre l'existence d'un droit d'exposition de la personne. »[1114]

Comme le note l'auteur, ce supposé « droit d'exposition des personnes » rejoint d'autres droits (notamment liberté d'aller et venir et droit à la vie privée)[1115]. Il ne semble pas avoir d'autres fondement que des droits ou principes déjà mis en œuvre pour encadrer juridiquement le corps

---

[1110] V. T. Azzi, *op. cit.*

[1111] Comme le précise d'ailleurs l'article L. 111-3 al. 2 du code de la propriété intellectuelle. La seule exception possible serait d'établir une abus de droit. V. T. Azzi, *op. cit.,* p. 6.

[1112] Il peut bien sûr se trouver des situations dans lesquelles l'auteur de l'œuvre est également support. Cependant, même si alors les deux droits coïncident, la maîtrise de l'œuvre découlera au final du droit de la personne sur son corps et non des droits de l'auteur.

[1113] P. Mouron, *Le droit d'exposition des œuvres graphiques et plastiques*, Université d'Aix-Marseille, 2011, n° 640.

[1114] *Ibid,* n° 641.

[1115] *Ibid.*

humain. Ainsi, si le « droit d'exposition des personnes » peut être un outil intellectuel intéressant en ce qu'il permet de raisonner par analogie pour réfléchir au régime juridique qui entoure le corps humain[1116], il présente un intérêt limité en tant qu'éventuel droit de la personne reconnu en droit positif.

Paragraphe 2. L'exercice des droits moraux subordonné à la libre disposition du corps

Les droits moraux sont attachés au droit d'auteur et constituent un ensemble de prérogatives qui se distinguent des droits patrimoniaux par leur caractère, précisément, extrapatrimonial. Les droits moraux se composent en droit français de quatre prérogatives : droit de paternité ou d'attribution (prévu par l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle), droit au respect de l'œuvre (prévu par le même article), droit de divulgation (article L. 121-2 du même code) et droit de repentir ou de retrait (article L. 121-4 de ce code).

Ces droits moraux sont considérés comme la manifestation juridique du lien sans cesse agissant qui unit l'auteur et son œuvre[1117]. Cela explique la place centrale qu'ils tiennent dans le système de droit d'auteur[1118] et permet de justifier théoriquement le fait qu'il s'agisse de droits particulièrement forts. En effet, les droits moraux sont inaliénables, puisqu'ils sont propres à l'auteur lui-même[1119], et ils sont imprescriptibles et perpétuels[1120], puisque la relation entre l'auteur et son œuvre ne s'affaiblit pas avec le temps. Ainsi, en droit français, les droits moraux ne peuvent être cédés ni même, en principe, aménagés contractuellement[1121] et peuvent être exercés au-delà de la limite temporelle qui contient les droits patrimoniaux[1122].

[1116] Ce que fait d'ailleurs l'auteur, *ibid*., n° 642.

[1117] B. Edelman considère par exemple que le droit moral représente « l'*indivisibilité* de l'auteur et de l'œuvre », *La propriété littéraire et artistique*, PUF, 2008, p. 41.

[1118] Par exemple Debois considère que le droit moral revêt une importance supérieure aux droits patrimoniaux : *Le droit d'auteur en France*, 3ème éd., Dalloz, 1978, n ° 380.

V. aussi Cass. civ. 1ère, 28 mai 1991, n° 89-19.522 et 89-19.725 (affaire Huston) sur l'importance du droit moral considéré comme d'ordre public.

[1119] Ou à ses ayants droit après son décès.

[1120] Art. L.121-1 du code de la propriété intellectuelle. Le droit d'attribution et le droit au respect de l'œuvre sont imprescriptibles et perpétuels. En revanche, le droit de divulgation pourrait s'épuiser au premier usage (v. Cass. civ. 1ère, 11 déc. 2013, n° 11-22.522) et le droit de retrait s'éteint à la mort de l'auteur.

[1121] Ce principe connaît toutefois des aménagements comme le relève H. Raizon, *La contractualisation du droit moral de l'auteur,* Université d'Avignon, 2014.

[1122] Mis à part pour le droit au retrait qui s'éteint avec la mort de l'auteur.

Ces droits paraissent donc particulièrement efficaces pour contrebalancer les mécanismes de marché puisqu'ils peuvent rendre plus difficile ou même bloquer, dans le cas des droits de divulgation et de retrait, l'exploitation de l'œuvre. Or, il est possible de penser que les droits moraux sont moins effectifs pour les œuvres d'art corporel puisque leur exercice peut alors se heurter aux droits de l'individu dont le corps est support de l'œuvre. Cela aurait pour conséquence un contrôle moindre de l'auteur sur son œuvre. Est-ce que les droits moraux sont effectivement réduits « à peau de chagrin »[1123] du fait de la particularité du support corporel ? Certes leur exercice peut parfois être limité par la nature corporelle de l'œuvre (§1). Cependant, la situation n'est pas aussi univoque et nous verrons que l'auteur conserve, dans d'autres hypothèses, un plein contrôle moral de sa création (§2).

Si nous appuyons notre analyse sur tous les droits moraux, nos réflexions auront le plus souvent trait au droit au respect de l'œuvre, puisqu'il s'agit du fondement au champ d'application le plus large et qu'il fournit également la majorité des exemples jurisprudentiels.

Si les droits moraux tiennent une place centrale dans la doctrine du droit d'auteur, leur exercice se trouve souvent limité, y compris dans le champ des arts plastiques (A). Ces limitations trouvent bien sûr aussi à s'appliquer lorsque le corps d'autrui est support de l'œuvre (B).

A. L'exercice limité des droits moraux dans les arts plastiques

Les limites à l'exercice des droits moraux se rencontrent aussi bien dans le champ traditionnel des beaux-arts (1) que dans celui de l'art contemporain (2).

1. Droits moraux et beaux-arts

Il convient ici de noter, tout d'abord, que les droits moraux, malgré leur importance, ne sont pas absolus. Ainsi, ils peuvent être utilisés de façon abusive[1124], suivant les principes généraux

---

[1123] A. Lebois. « Droit d'auteur et corps humain : le corps comme support d'une œuvre de l'espri » *in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 531.

[1124] V. par exemple Cass. civ. 1ère, 14 mai 1991 (condamnation d'un auteur ayant utilisé son droit de retrait pour renégocier un contrat et pas pour des raisons intellectuelles ou morales). V. pour une discussion doctrinale C. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998 et F. Pollaud Dulian, « Abus de droit et droit moral » *in D.* 1993, p. 102.

du droit. De plus, ils connaissent des aménagements pour s'adapter à des contraintes pratiques, notamment dans les domaines des arts appliqués et de l'architecture[1125]. Il est donc possible de constater que la mise en œuvre judiciaire de ces droits moraux « apparaît empreinte d'un indiscutable pragmatisme »[1126]. Il serait cohérent de penser que les droits moraux peuvent être aménagés dans le domaine des arts appliqués puisque dans ce domaine, l'auteur doit créer sous l'emprise de plus nombreuses contraintes pratiques et que l'œuvre est avant tout un objet utilitaire.

Cependant, les droits moraux peuvent également voir leur usage restreint dans le domaine des arts plastiques, pourtant considéré comme un domaine dans lequel l'artiste est amené à exprimer librement sa créativité et sa personnalité à travers son œuvre. En effet, le plein exercice des prérogatives morales de l'auteur se heurte alors aux droits du propriétaire du support dans lequel l'œuvre est incarnée[1127]. La spécificité des arts plastiques vient ici du caractère autographique des œuvres, qui n'existent souvent qu'en un exemplaire unique et ne peuvent être détachées de leur support matériel qui, dès lors que l'œuvre d'art a été vendue, est la propriété d'une personne tierce. C'est donc le propriétaire du support qui contrôle le seul exemplaire de l'œuvre.

Or, les prérogatives du propriétaire du support peuvent s'opposer, en particulier, au droit de l'auteur au respect de son œuvre. En effet la propriété entraîne le droit, pour le propriétaire, de disposer de son bien de la manière la plus absolue, ce qui devrait inclure le droit de le modifier à sa guise voire de le détruire. Lorsque le bien en question est une œuvre de l'esprit, cela contredit directement le droit moral au respect de l'œuvre, droit qui permet à l'auteur d'interdire toute dénaturation de sa création : en matière d'art plastique, « faute de pouvoir dissocier l'œuvre et le matériau, toute initiative du propriétaire peut mettre en cause le droit au respect de l'œuvre »[1128]. Une première difficulté, pour l'auteur, vient du fait qu'il peut se révéler compliqué de mettre concrètement en œuvre le droit au respect de son œuvre puisque le propriétaire du support a la possibilité, de fait, d'effectuer des modifications sur l'œuvre auquel il a seul accès. Cependant, la jurisprudence a pu affirmer la primauté du droit moral de l'auteur

---

[1125] V. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4ème éd., LexisNexis, 2012, n° 551 et 553

[1126] M. Vivant, « Le droit moral sous un regard français » *in Les Cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 25, n° 1, 2013, p. 379.

[1127] A. Maffre-Baugé, « Quel droit moral pour l'œuvre d'art » *in Légicom*, n° 36, 2006, p. 91-100 ainsi que P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 11ème éd., PUF, 2019, n° 18, 202 et 235.

[1128] A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.,* n° 556

sur les droits du propriétaire[1129]. Ont ainsi été condamnés des propriétaires ayant modifié une œuvre[1130], modifié le contexte d'exposition prévu par l'artiste[1131] ou laissé l'œuvre se détériorer par défaut d'entretien[1132].

Toutefois, le droit de l'auteur au respect de son œuvre s'exerce dans certaines limites : des modifications sont acceptables tant que l'œuvre n'est pas dénaturée[1133], en particulier les modifications qui sont imposées par des contraintes techniques[1134]. Une telle limitation du droit moral, qui nous apparaît par ailleurs nécessaire, pose particulièrement problème pour ce qui concerne les œuvres d'art plastique puisque dans ce domaine, il n'existe en général qu'un exemplaire unique de l'œuvre. Toute intervention ou modification sur l'œuvre risque donc de la dénaturer de façon permanente. Cette spécificité – qui peut même peut conduire certains auteurs à évoquer une « discrimination » envers les œuvres d'art plastique[1135] – rend certainement ces dernières plus fragiles.

De plus, la propriété du support empêche l'exercice du droit de repentir ou de retrait, prérogative relevant normalement des droits moraux de l'auteur. En effet, l'auteur ne pourrait plus, après la vente de l'œuvre d'art matérielle, exercer son droit de retrait car un tel exercice nécessiterait d'exproprier le propriétaire du support[1136].

[1129] V. par exemple Cass. civ. 1ère, 3 déc. 1991, n° 90-15.725 qui évoque « a primauté du droit moral de l'auteur au respect de son œuvre et de sa réputation d'artiste » (mais rejette pourtant le pourvoi d'un auteur qui, se plaignant de la dégradation de son œuvre installée en plein air, souhaitait obtenir la condamnation du propriétaire à la restaurer).

Pour A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.,* n° 556, il s'agit plutôt de trouver un point d'équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux du propriétaire du support.

[1130] V. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit*., n°548.

[1131] Par exemple, Cass. civ. 1ère, 6 juill. 1965, Bull. II n° 454, sur un frigo décoré par Bufffet.

[1132] V. CA Paris, 10 juil. 1975, affaire Scrive, sur une fontaine installée dans un centre commercial.

L'existence d'une éventuelle d'une obligation générale de conservation des œuvres pesant sur les propriétaires du support physique fait l'objet de discussions (depuis l'affaire des fresques de Juvisy, CA Paris, 27 avr. 1934). Il paraît cependant audacieux de tirer une telle obligation générale de décisions éparses qui semblent dépendre en grande partie des faits de chaque espèce. V. en ce sens M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.,* n° 588.

[1133] A. Maffre-Baugé, *op. cit.,* p. 99 le résume en ces termes : « L'essentiel est que la substance de l'œuvre ne soit pas dénaturée. Reste que l'auteur ne peut donc pas revendiquer un droit à l'intangibilité absolue de son œuvre. »

[1134] En particulier pour les œuvres architecturales.

[1135] P.-Y. Gautier, *op.cit.*, n° 18, 202 et 235.

[1136] Or cette expropriation n'est pas prévue par la loi. L'article L. 121-4 du code de la propriété intellectuelle précise que le droit de repentir ou de retrait n'est opposable qu'au seul cessionnaire du droit d'exploitation – à l'exclusion donc du propriétaire du support.

Contra v. P.-Y. Gautier, *op.cit*. n° 207 qui évoque la « rédaction maladroite » de l'article L. 121-4 du code de la propriété intellectuelle qui ne devrait pas l'empêcher de s'appliquer en cas de vente du support matériel comme en cas de cession des droits patrimoniaux d'auteur.

2. Droits moraux et art contemporain

Le droit moral appliqué aux œuvres d'art contemporain, tout comme sa protection en général, est un sujet controversé. Il serait en effet possible de penser que les œuvres contemporaines doivent bénéficier d'un droit moral moindre parce que l'empreinte de la personnalité de l'artiste s'y exprime moins directement. Au contraire, certains auteurs avancent que ces œuvres ont particulièrement besoin de la protection d'un droit moral fort parce qu'étant « moins bien perçues que des œuvres classiques », elles risquent davantage de subir des modifications qui contreviendraient à leur intégrité[1137].

Aucune de ces deux positions ne nous paraît entièrement convaincante. Nous pouvons d'abord examiner l'idée que les œuvres d'art contemporain pourraient être moins protégées en raison d'une originalité moindre. L'hypothèse rappelle la situation des œuvres de « petite monnaie », faiblement originales, en droit allemand. Agnès Lucas-Schloetter note ainsi qu'en droit allemand, l'atteinte au droit moral de l'auteur peut dépendre du statut de l'œuvre et, finalement, de son degré d'originalité et que « s'agissant des œuvres de la "petite monnaie" du droit d'auteur, dont le degré d'originalité est faible, les intérêts moraux de l'auteur sont rarement menacés »[1138]. La solution paraît logique dans la mesure dans la mesure où l'originalité justifie théoriquement l'existence des droits moraux. En effet, l'originalité, en droit français, est appréhendée comme le lien de l'auteur à son œuvre. L'œuvre est originale si elle est, un peu, l'auteur lui-même. C'est ce lien qui est ensuite matérialisé, dans le régime du droit d'auteur, par les droits moraux. Ces derniers protègent la personnalité de l'auteur qui réside toujours dans son œuvre – cela même qui fait qu'une œuvre est originale. Donc si une œuvre d'art contemporain était peu originale, il pourrait être justifié qu'elle bénéficie d'un droit moral moins fort.

Cependant, encore faudrait-il établir qu'il est possible, en droit français, qu'une œuvre soit peu originale. En d'autres termes, existe-t-il des œuvres de différents degrés d'originalité ou doit-on plutôt considérer que l'originalité ne peut être que présente ou absente ? L'originalité au

[1137] N. Walravens, « La protection de l'œuvre d'art et le droit moral de l'artiste » *in RIDA,* n° 181, juill. 1999, p. 108.

[1138] A. Lucas-Schloetter, « Le droit moral en Allemagne » *in Les Cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 25, n° 1, p. 51. A l'inverse des œuvres de « petite monnaie », l'auteure note que « plus le rang artistique de l'œuvre est élevé, plus la menace [sur les intérêts moraux de l'auteur] est vraisemblable ».

sens de la critique d'art connaît sans doute différents degrés. Cependant, l'originalité dans une acception juridique semble plutôt répondre à une logique binaire – présence ou absence d'originalité. D'une part, si l'on se réfère à la définition classique de l'originalité comme empreinte de la personnalité de l'auteur, une évaluation binaire de l'originalité semble s'imposer. La personnalité de l'auteur peut être présente ou absente de l'œuvre, mais est impossible à quantifier. Ainsi, selon Philippe Gaudrat, « on peut quantifier un apport, non une empreinte »[1139]. D'autre part, la jurisprudence nationale[1140] comme européenne[1141] s'accorde sur le fait qu'il ne peut y avoir d'originalité faible ou forte de l'œuvre correspondant à différents degrés de protection. Ainsi, il serait impossible qu'une œuvre d'art contemporain voie son niveau de protection réduit parce qu'elle serait faiblement originale. L'originalité ne peut être que présente ou absente et si une œuvre d'art contemporain est originale, elle bénéficie du même niveau de protection qu'une œuvre d'art plus classique et son auteur peut exercer pleinement les droits moraux dont il est titulaire.

En revanche, il ne nous paraît pas non plus pertinent de penser qu'une œuvre d'art contemporain devraient être particulièrement protégée. Dans le cas des œuvres d'art contemporain comme de toutes les œuvres, les droits moraux ne s'exercent pas de façon absolue. Ils peuvent notamment céder devant des contraintes techniques. Or les œuvres d'art contemporain – parfois de très grande taille, utilisant des matériaux divers, y compris technologiques, etc. – peuvent être soumises à davantage de contraintes techniques que les œuvres d'art plus traditionnelles[1142]. Ainsi, les installations d'art contemporain sont susceptibles de poser des problèmes spécifiques de conservation dans le temps – par exemple lorsqu'elles sont composées de matières organiques ou d'objets issus de technologies qui deviennent obsolètes[1143] – pouvant être liés au

---

[1139] P. Gaudrat, « Propriété littéraire et artistique : La propriété des créateurs » *in Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2007, n° 132.

1140 Cass. civ. 1ère, 30 avr. 2014, n° 13-15.517 qui casse pour motifs contradictoires l'arrêt d'une cour d'appel qui considère qu'une œuvre est « d'assez faible originalité », avant de conclure que sa contrefaçon n'est pas caractérisée « faute d'originalité créative ».

[1141] CJUE, 1er déc. 2011, aff. C-145/10, Eva-Maria Painer c/ Standard Verlags GmbH notamment § 99.

V. aussi V.-L. Benabou, « Originalité ? Vous avez dit originalités ? » *in Legicom*, vol. 53, n° 2, 2014, p. 12 et s. sur l'absence de « seuils » d'originalité.

[1142] On peut ajouter, pour l'art contemporain, que les œuvres qui en relèvent sont souvent inscrites dans leur environnement. La prise en compte de l'environnement peut ainsi être primordiale pour la démarche de l'artiste mais n'est pas toujours reconnue comme protégeable au titre du droit moral au respect de l'œuvre. V. Trib. com. Lyon, 28 avr. 1997, *RIDA*, n° 173, juil. 1997, p. 373, sur une statue de César déplacée contre la volonté de l'auteur.

[1143] Par exemple, l'artiste coréen Nam June Paik, considéré comme un pionnier de l'art vidéo, a créé à partir des années 1970 de nombreuses installations utilisant des téléviseurs cathodiques. Ces installations se sont révélées particulièrement difficiles à restaurer puisque l'artiste s'est très fermement opposé à ce que les anciens téléviseurs soient remplacés par de nouveaux modèles, estimant que cela serait de nature à dénaturer le message de ses œuvres.

droit de l'auteur au respect de son œuvre[1144]. Les institutions d'exposition doivent alors décider de remplacer les matériaux d'origine ou de laisser l'installation se détériorer en tentant respecter l'intention de l'auteur[1145] ou, lorsque cette dernière n'est pas exprimée, l'impression laissée par l'œuvre d'origine. Le droit moral peut ici se trouver aménagé en raison de contraintes techniques qui tiennent à la conservation même de l'œuvre.

L'art corporel peut être concerné par ces problèmes de conservation lorsqu'il utilise des produits organiques issus du corps humain. Par exemple, l'artiste Piero Manzoni a produit en 1961 des boîtes de conserve remplies, prétendument du moins, de ses propres excréments. Nommées *Merde d'artiste*, les boîtes devaient être vendues en tant qu'œuvre d'art et leur prix fixé en fonction des cours de l'or. Il s'agissait pour Manzoni d'une réflexion volontairement poussée jusqu'au ridicule sur ce qui fait une œuvre d'art et sur ce qui, de l'artiste, passe dans l'œuvre. S'il semble que ces transactions n'aient en fait pas eu lieu, plusieurs de ces boîtes furent tout de même achetées ou offertes par l'artiste à divers collectionneurs et purent ensuite entrer en circulation en étant revendues ou prêtées pour diverses expositions. Or, le vieillissement de la matière organique menace, depuis quelques années, de faire exploser les boîtes de conserve du fait de la pression du gaz produit à l'intérieur de celles-ci. Comme le fait remarquer Judith Ickowicz, ce danger pose des questions juridiques particulières notamment en matière d'assurance[1146]. Dans ce cas précis, il aurait été de la volonté de l'artiste que les boîtes finissent par exploser[1147]. Ainsi, respecter cette volonté impliquerait ici de renoncer à toute tentative de restaurer l'œuvre pour allonger sa durée de vie. Nous nous trouvons donc dans une

---

Pour un panorama des questions soulevées par la restauration des œuvres d'art contemporain, v. M.-H. Breuil (dir.), *Restauration et non-restauration en art contemporain*, ARSET, 2008.

Pour une perspective plus spécifiquement juridique, v. J. Ickowicz, *op.cit.*, p. 209 et s. ainsi que M. Cornu et N. Mallet-Pujol, *Droit, œuvres d'art et musées*, CNRS Éditions, 2001, p. 163.

[1144] V. M. Vivant et J.-M. Bruguière, Droit d'auteur et droits voisins, Dalloz, 2013, n° 512.

[1145] A ce propos, I. Clouteau, « Activation des œuvres d'art contemporain et prescriptions auctoriales » *in Culture & Musées*, n°3, 2004, p. 23-44.

[1146] J. Ickowicz, *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Les presses du réel, 2013, p. 203.

L'auteure pointe, très justement, le décalage observable dans ce cas entre le geste de l'artiste – qui était une expérience satirique sur sa capacité à transforbellimer le trivial en art en utilisant une matière première qui n'avait évidemment aucune valeur propre – et la façon dont l'œuvre est appréhendée par les musées, les collectionneurs, les sociétés d'assurance et, plus largement, les règles de droit qui ont tendance à objectiver l'œuvre et à ne prendre en considération que sa dimension matérielle.

[1147] *Ibid.*

situation quelque peu paradoxale dans laquelle respecter l'œuvre conduit à sa dégradation et à sa destruction[1148].

B. Le corps d'autrui, obstacle additionnel à l'exercice des droits moraux

La première situation que nous souhaiterions examiner ici est celle de l'exercice des droits moraux lorsque l'œuvre de l'artiste ne peut être détachée du corps qui lui sert de support. Il s'agit par exemple du tatouage, dessin réalisé sur la peau, ou d'autres formes de modifications corporelles permanentes. Tous les droits moraux dont dispose normalement l'auteur se trouvent alors limités par l'autonomie corporelle de la personne qui lui tient lieu de support.

Dans le cas des œuvres habituelles, l'objectif prétorien est de trouver un équilibre entre les intérêts en présence, par exemple entre ceux du propriétaire du support et ceux de l'auteur[1149]. En ce qui concerne l'art corporel, il semble impossible d'imaginer que les droits dont une personne dispose sur son propre corps puissent céder face aux droits moraux de l'auteur. En effet, l'opposition met en jeu des droits qui sont trop importants pour la personne pour pouvoir être limités par les intérêts de l'auteur : le droit au respect de la vie privée qui implique le droit de faire des choix concernant son propre corps, les principes d'ordre public de respect et d'intégrité du corps ou encore des libertés individuelles aussi fondamentales que celle d'aller et venir.

Le droit d'attribution, d'abord, voit son exercice aménagé par la pratique. Ainsi, les œuvres d'art appliqué ne sont en général pas signées par leurs auteurs, ce qui est toléré par la pratique de certains secteurs industriels. De la même manière, il n'est pas habituel pour un tatoueur de signer le dessin qu'il effectue sur la peau de son client, ce qui est d'ailleurs cohérent avec le fait que le dessin soit souvent plus personnel au client qu'au tatoueur. En effet, un tatouage constitue

---

[1148] Cette remarque rejoint les réflexions, formulées surtout dans le domaine des œuvres numériques, concernant les œuvres ouvertes, libres ou interactives, où l'auteur livre son oeuvre au public ou à d'autres qui sont autorisées à la faire évoluer. Le droit au respect de l'œuvre est conçu pour des œuvres figées et intangibles et est peu adapté à ce genre de réalisations, pour lesquelles respecter la volonté de l'auteur, c'est admettre qu'on ne respecte pas son oeuvre, du moins comme intangible.

V. notamment M. Clément-Fontaine, « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? » *in Propriétés intellectuelles*, n° 26, 2008, p. 69-76 et *L'œuvre libre*, Larcier, 2014.

[1149] A. Maffre-Baugé, *op. cit.,* p. 99.

une expression des goûts ou de l'histoire personnelle du client et peut être fortement lié à la personnalité de ce dernier même lorsqu'il n'est pas juridiquement auteur du dessin[1150]. Utilisé par des artistes, il peut même constituer un moyen de « signer son corps »[1151], de personnaliser ce corps au point d'en faire une œuvre d'art portant la marque distinctive de son créateur sans qu'il importe que le dessin puisse avoir été réalisé par un autre.

Au contraire, lorsqu'un tatouage porte la signature du tatoueur, cela peut signaler une démarche artistique particulière. Ainsi, *Tim* de Wim Delvoye est signé par son auteur ce qui renforce le propos de l'artiste contemporain : Tim n'est pas une simple personne tatouée mais bien le support d'une œuvre d'art[1152]. Cette signature, inhabituelle pour un tatouage, appuie ici l'appropriation symbolique du corps d'autrui par l'artiste ayant pour objectif de déstabiliser, de surprendre ou de choquer le public. C'est une démarche similaire qui sous-tend les *Sculptures vivantes* de Piero Manzoni, des femmes nues dont les corps, signés par l'artiste lors d'une performance réalisée en 1961, deviennent des *ready-made* vivants. En l'occurrence, la signature de l'artiste est seulement apposée temporairement et non pas tatouée mais c'est bien cette signature qui fait de ces modèles des œuvres d'art[1153] et, par là même, des objets appartenant à l'artiste qui les a créés.

Le droit de l'auteur au respect de son œuvre paraît, de même, impossible à faire respecter lorsque l'œuvre est sur le corps d'autrui dans la mesure où ce droit peut s'opposer à l'autonomie personnelle de la personne dont le corps sert de support. D'une part, celle-ci peut, par ses choix personnels, modifier le support lui-même, c'est-à-dire ici son propre corps : elle peut, par exemple, grossir ou maigrir en fonction de son mode de vie ou modifier son corps par des actes de chirurgie esthétique[1154]. Tout cela peut avoir des conséquences sur l'aspect d'un tatouage et donc, techniquement, sur l'intégrité de l'œuvre. En étendant le raisonnement, même des changements très communs dans l'apparence ou la présentation d'une personne (coupe de cheveux, style vestimentaire, etc.) peuvent modifier la façon dont un tatouage sera perçu en modifiant le contexte dans lequel il est présenté. Il serait absurde que ces choix individuels

---

[1150] V. D. Le Breton*, Le tatouage ou la signature de soi*, Casimiro, 2014.

[1151] Y. Agullo, *La signature dans l'art depuis les années 1960 – Identités et singularités*, Université de Pau, 2016, p. 216 et s.

[1152] *Tim* (2006-2008), œuvre de l'artiste belge Wim Delvoye, est à la fois un dessin de l'artiste tatoué sur le dos d'un modèle et le modèle lui-même (prénommé Tim) qui est devenu volontairement, par cette démarche, une « œuvre d'art » signée de Wim Delvoye.

[1153] C'est d'ailleurs en signant sa *Fontaine* du pseudonyme de R. Mutt que Duchamp en fait un œuvre d'art.

[1154] V. A. Lebois, *op. cit.,* p. 531 : « Le droit au respect de l'œuvre ne peut être invoqué quand l'atteinte à l'intégrité de l'œuvre est la conséquence de la liberté individuelle (de faire du sport ou de grossir) et du temps qui passe. »

puissent être contrôlés par le tatoueur. Ils relèvent évidemment de l'autonomie de la personne même. D'autre part, il est également possible qu'une personne veuille altérer directement le tatouage qu'elle porte – et donc l'œuvre elle-même. Elle peut faire modifier le dessin par des ajouts, le recouvrir d'un autre motif ou le faire effacer. Même si l'intervention touche alors plus directement l'œuvre protégée, les droits de la personne sur son propre corps doivent ici aussi prévaloir sur les droits de l'auteur, sauf à restreindre indûment l'autonomie de la personne.

L'exercice des droits de divulgation et de retrait est particulièrement chargé en conséquence puisqu'il peut bloquer la circulation de l'œuvre. Cela se heurterait ici à la liberté individuelle de la personne qui sert de support à une œuvre, et en particulier à sa liberté de circulation. En effet retirer l'œuvre de la circulation reviendrait ici à empêcher la personne dont le corps est constitutif de l'œuvre de circuler elle-même. Or, l'auteur ne peut évidemment pas exercer son droit de divulgation pour empêcher une personne tatouée de se montrer si, après avoir réalisé le tatouage, il estime que son travail n'est pas satisfaisant. De la même manière, pour le droit de retrait, il n'est pas possible de contraindre une personne à se retirer de la société parce que l'auteur ne souhaiterait plus rendre l'œuvre accessible au public.

En revanche, ces droits moraux retrouvent leur utilité lorsque l'œuvre est reproduite[1155]. Ainsi l'exploitation du dessin d'un tatouage, lorsqu'elle est indépendante de l'image de la personne tatouée, doit respecter le droit d'attribution et le droit de l'auteur au respect de son œuvre. C'est ce qu'indique la décision, déjà évoquée, de la cour d'appel de Paris rendue à propos de l'utilisation, par la maison de disques de Johnny Halliday, d'un motif d'aigle tatoué sur le bras du chanteur pour illustrer les enregistrements de l'un de ses concerts[1156]. En l'occurrence, la cour a condamné la maison de disques pour violation des droits moraux de l'auteur parce que celle-ci avait omis de mentionner le nom du tatoueur et modifié légèrement le dessin d'origine sur les supports commercialisés.

Paragraphe 2. Les droits moraux libérés de l'interférence du corps d'autrui

Nous venons de voir que dès lors que l'œuvre se détache du modèle de l'exemplaire unique par des procédés de reproduction, les droits moraux retrouvent leur utilité. Or, reproduire l'œuvre

[1155] *Ibid.*
[1156] CA Paris, 3 juillet 1998, n°97/00183, Sté Polygram c. Daures.

revient surtout, en l'occurrence, à l'isoler du corps dont elle est le support. C'est pourquoi il peut être intéressant de considérer la situation dans laquelle une œuvre, bien qu'elle soit incarnée, n'est pas liée à un corps en particulier (A). La situation est encore différente lorsque l'artiste utilise son propre corps comme support, et non celui d'autrui (B).

A. L'exercice des droits moraux sur le corps de l'interprète

Aucune limitation particulière n'est imposée à l'exercice des droits moraux lorsque l'œuvre est détachable du corps de la personne, c'est-à-dire lorsque la personne qui incarne l'œuvre d'art n'est pas le support de l'œuvre (comme dans le cas du tatouage) mais seulement son interprète. C'est la situation, en particulier, des arts de la scène comme la danse ou le théâtre.

Dans cette situation, plusieurs personnes différentes peuvent, successivement, donner à voir la même œuvre à travers leur corps. L'œuvre ayant la faculté de se détacher du corps qui en est l'incarnation temporaire, les droits moraux ne s'opposent pas aux droits spécifiquement attachés à la personne comme le droit à l'autonomie personnelle. Toutefois, des questions relatives aux droits moraux peuvent subsister, en particulier concernant le droit au respect de l'œuvre. Il s'agirait ici, plutôt que d'examiner les limites des droits moraux de l'auteur face aux droits de la personne-support sur son corps, de déterminer l'étendue des droits de l'auteur sur l'interprétation de son œuvre. Nous pouvons ici nous interroger sur la possibilité pour l'auteur de choisir les interprètes – et donc les corps – qui peuvent incarner son œuvre. Se pose donc, en négatif, la question de la liberté du metteur en scène d'une œuvre préexistante[1157], lequel

[1157] La jurisprudence sur la mise en scène considère qu'il est possible de dénaturer une œuvre au point de contrevenir au droit de l'auteur au respect de son œuvre par une mise en scène contraire à l'intention de l'auteur, même lorsque la substance de l'œuvre (le texte d'une pièce de théâtre ou la musique et les paroles d'un opéra) n'a fait l'objet d'aucune modification. V. l'affaire du *Dialogue des carmélites* (CA Paris, 13 oct. 2015, n° 14/08900 cassé par Cass. civ. 1ère, 22 juin 2017, n° 15-28.467 et 16-11.759) sur un opéra dont la mise en scène aurait fortement modifié le propos ainsi que l'affaire Zorine (TGI Pari, 27 nov.1985, *RIDA*, n° 129, juill. 1986, p.166) sur une mise en scène condamnée pour avoir transformé une comédie de mœurs en une pièce sur le *goulag.*

Étant donné la décision de la Cour de cassation qui impose une balance des intérêts entre droit moral de l'auteur et liberté de création du metteur en scène dans l'affaire *Dialogue des carmélites* (Cass. civ. 1ère, 22 juin 2017 précité et l'arrêt sur renvoi CA de Versailles, 30 novembre 2018, n° 17/08754), la question de la pérennité de cet état de la jurisprudence peut se poser. V., fortement opposé à ces décisions récentes, P.-Y. Gautier, « Retour au Moyen-Âge : le droit moral dévasté par la balance des intérêts » *in Dalloz IP/IT*, 2019, p. 101.

peut vouloir imposer une certaine lecture de l'œuvre, y compris par le biais de la distribution, qui n'est pas en accord avec la vision originelle de l'auteur.

Une décision du tribunal de grande instance de Paris datant de 1992 aborde cette question à l'occasion d'une affaire qui concernait l'interprétation de personnages d'une pièce de théâtre[1158]. Un metteur en scène, autorisé par l'exécuteur testamentaire de Beckett à faire représenter la célèbre pièce du dramaturge, *En attendant Godot*, a choisi de faire jouer tous les personnages principaux par des femmes alors que ces rôles avaient été écrits pour des interprètes masculins. La décision du metteur portait strictement sur le choix des interprètes de la pièce, et en particulier de leurs corps (ici féminins), puisqu'il n'avait pas modifié le texte de l'œuvre. Les personnages restaient ceux qui avaient été écrits par Beckett mais ils auraient été interprétés par des femmes.

L'exécuteur testamentaire obtint la condamnation du metteur en scène pour violation du droit moral de l'auteur. En l'occurrence, un élément déterminant pour le tribunal fut le fait que Beckett s'était, de son vivant, clairement opposé à la possibilité de laisser des comédiennes incarner les personnages d'*En attendant Godot*. Ainsi, dès lors que la volonté de l'auteur était clairement connue, toute digression par rapport à ses instructions constituait une violation de son droit au respect de son œuvre, puisque, selon le tribunal, « le respect est dû à l'œuvre telle que l'auteur a voulu qu'elle soit, […] il n'appartient ni aux tiers, ni au juge de porter un jugement de valeur sur la volonté de l'auteur et […] le titulaire du droit moral est seul maître de son exercice »[1159].

En revanche, la solution peut changer lorsque la volonté de l'auteur est plus ambiguë comme le montre une autre décision rendue par le tribunal de grande instance en 2007[1160]. Il s'agissait en l'espèce d'un conflit concernant des représentations d'une pièce de Bernard-Marie Koltès, *Le Retour au désert*, par la Comédie française. L'ayant droit de l'auteur avait fait cesser les représentations de la pièce au terme de 30 représentations, au lieu des 34 prévues par le théâtre. Assigné devant le tribunal par la Comédie française, il se défendit sur le terrain du droit moral

---

1158 TGI Paris, 3ème ch., 15 octobre 1992, *RTD Com* 1993, p. 98, obs. A. Françon.

1159 Le défendeur avait évoqué son propre droit moral de metteur en scène. Il reçut une réponse prudente du tribunal : « L'éventuel droit moral du metteur en scène sur sa mise en scène trouve sa limite dans les droits de l'auteur de l'œuvre préexistante ; le libre choix par le metteur en scène des interprètes masculins ou féminins ne saurait valablement être invoqué ici pour faire échec au droit moral des ayants droit de Samuel Becket sur son œuvre ». Il est probable aujourd'hui qu'une défense sur le terrain de la liberté de création puisse être plus efficace.

1160 TGI Paris, 3ème ch., 20 juin 2007, *Comm. com. élec.*, 2007, comm. 116, note C. Caron.

au motif que le rôle d'Aziz, un domestique algérien, n'était pas tenu par un comédien d'origine africaine. L'auteur de la pièce s'était effectivement exprimé de son vivant de façon générale sur la question et avait dit, concernant certaines de ses pièces, souhaiter que les rôles soient tenus par des comédiens de la même origine ethnique que leurs personnages – ou du moins que les personnages d'immigrés soient joués par des comédiens issus de l'immigration. Cependant, il n'avait donné aucune instruction spécifique à la pièce *Le Retour au désert*. Le tribunal a ainsi estimé que, Koltès ne s'étant pas exprimé sur la distribution du rôle d'Aziz dans le texte de la pièce ou dans un texte évoquant directement cette pièce, il était impossible de retenir ici une violation du droit moral de l'auteur puisque la volonté de ce dernier n'était pas suffisamment connue. Donnant raison à la Comédie française, le tribunal condamna l'ayant droit de Koltès pour une utilisation abusive du droit moral[1161].

La décision paraît ici contestable au vu du jugement rendu par la même juridiction dans l'affaire Beckett car Koltès s'était, lui aussi, exprimé clairement de son vivant sur l'importance qu'il accordait aux distributions de ses pièces en général et notamment sur le fait qu'il considérait qu'« on ne "joue" pas plus une race qu'un sexe »[1162]. La différence de traitement paraît d'autant moins justifiée que le choix de Koltès était mûrement réfléchi. En effet, l'origine des comédiens a une importance particulière dans ses pièces puisque la présence corporelle sur scène de comédiens d'origine extra-européenne y nourrit un propos critique sur la perception de l'altérité[1163].

L'auteur dispose donc d'une grande liberté dans le choix des interprètes de son œuvre, sous la réserve que sa volonté doit être très clairement exprimée. Le droit moral joue ici pleinement parce que l'œuvre n'est pas assignée à un corps en particulier – et ne se heurte donc pas à des droits concurrents tels que les droits dont la personne dispose sur son corps. Il permet à l'auteur d'exiger que son œuvre soit incarnée par un certain type de corps et s'opposer au contraire à ce

---

[1161] N. Bictin, « Du désert à la scène: droit moral et contrat de représentation » *in Légipresse* n° 246, nov. 2007.

[1162] *Lettre à Stefani Hunzinger, de Paris, le 18 décembre 1983,* repris *in* Bernard-Marie Koltès, *Lettre*s, Minuit, 2009, p. 476.

À comparer aux controverses survenues récemment à propos de la mise en scène, sans comédien amérindien, de la pièce *Kanata*, de Robert Lepage et Michel Nadeau par la compagnie du Théâtre du Soleil et de celle des *Suppliantes* d'Eschyle par la compagnie Démocos avec des acteurs blancs portant des masques sombres. À l'inverse de l'affaire Koltès, il ne s'agissait pas d'une mise en cause du droit moral de l'auteur mais ces affaires posent également la question de la possibilité de faire jouer des rôles à des comédiens dont le corps (ici en raison de la race) ne correspond pas au rôle. Ces affaires qui ont été fortement médiatisées, n'ont pas donné lieu à des décisions judiciaires. V. à ce propos les chroniques de M. Vivant, « Création littéraire et droit, Champs croisés » *in Droit & littérature*, n° 3, 2019 p. 343 et n° 4, 2020, p. 401.

[1163] V. à propos du rôle du corps de l'interprète chez Koltès, A. Maisetti, « Koltès – L'injouable du corps », *in Agôn*, n° 7, 2015.

qu'elle le soit par d'autres. En effet, selon la jurisprudence dans l'affaire Beckett, changer le corps du comédien peut suffire à dénaturer une œuvre théâtrale même lorsque le texte d'origine n'est pas modifié – ce qui revient à reconnaître en creux l'importance du corps de l'interprète et sa capacité à altérer l'œuvre théâtrale (ou, sans doute, musicale ou chorégraphique) par sa seule présence[1164].

B. L'exercice des droits moraux sur le corps de l'interprète

L'exercice des droits moraux est à distinguer selon que le corps de l'artiste n'est impliqué que temporairement dans l'œuvre, comme c'est le cas pour les performances (1), ou selon que l'œuvre se confond durablement avec lui, à l'instar des modifications corporelles (2).

1. Droits moraux et performances

L'équivalence entre le corps de l'artiste et l'œuvre fonctionne moins bien pour les œuvres de performance car ces deux éléments ne sont alors confondus que de façon temporaire. Cela n'empêche pas les droits moraux de l'auteur de la performance de fonctionner pleinement, d'une façon comparable aux droits moraux dont disposerait l'auteur d'une pièce de théâtre ou d'une chorégraphie. Cependant, la performance est, en général, un art éphémère et chaque action est destinée à n'être présentée qu'une fois. De plus, la création de ces œuvres, qui sont souvent au moins en partie improvisées, est concomitante à leur unique diffusion. Ces caractéristiques qui différencient la performance des arts de la scène classiques rendent les droits moraux peu utiles. L'auteur n'a pas besoin de ces droits pour contrôler la diffusion de l'œuvre puisque cette diffusion ne consiste qu'en une occurrence unique pendant laquelle l'auteur est à la fois créateur et interprète de l'œuvre – et en maîtrise donc totalement le déroulement[1165]. En revanche, si l'artiste venait à adopter un schéma plus classique en faisant

[1164] M. Pavis, « Is there Anybody on Stage? A Legal (Mis)Understanding of Performances » *in Journal of World Intellectual Property*, n° 19, 2016, p. 99–114.

[1165] En dehors des éléments aléatoires que l'auteur aurait volontairement introduits dans l'œuvre. Nous pensons ici en particulier à la réaction du public souvent considéré par l'artiste ou les critiques d'art comme faisant partie de la performance, mais ne pourrait sûrement pas être pris en compte par le droit d'auteur.

représenter l'œuvre à nouveau, lors de reconstitutions (*reenactment*), alors le droit moral pourrait s'avérer utile à nouveau, notamment nous l'avons vu, en lui permettant de contrôler le choix des interprètes.

Enfin, les droits moraux peuvent également servir à l'auteur d'une performance lorsqu'il existe des enregistrements photographiques ou vidéographiques de son œuvre. Un tel enregistrement peut être considéré soit comme l'œuvre de l'artiste de performance lui-même – lorsque le photographe ou vidéographe n'est qu'un prestataire technique sans apport créatif –, soit comme une œuvre de collaboration entre l'artiste de performance et son photographe ou vidéographe, soit enfin comme une œuvre composite incorporant la performance mais dont le photographe ou vidéographe est l'unique auteur[1166]. Dans les deux derniers cas évoqués, l'artiste de performance à la possibilité d'utiliser le droit moral dont il dispose – soit comme coauteur de l'enregistrement soit comme auteur de la performance incorporé dans cet enregistrement – pour limiter la liberté de son collaborateur.

Si les deux artistes sont considérés coauteurs de l'œuvre photographique ou vidéographique qui résulte d'une performance, ils sont tous deux titulaires de droits moraux sur cette œuvre. Ainsi, l'un d'eux ne peux exploiter l'œuvre seul sans mention du nom de son collaborateur ou la modifier sans l'accord de ce dernier. Il s'agit de là de la situation à laquelle a été confrontée la cour d'appel de Paris à l'occasion de l'affaire Sorbelli[1167]. Des photographies d'une performance de l'artiste italien avaient été exploitées par sa photographe sous son seul nom et avec un titre différent de celui que leur avait donné Sorbelli. Reconnu par la cour coauteur des photographies, avec la photographe, Sorbelli a pu faire condamner cette dernière pour une atteinte à son droit moral puisque son nom n'était pas indiqué. En revanche, la cour a jugé qu'il n'y avait ici pas d'atteinte au droit au respect de l'œuvre car le titre sous lequel la photographe avait exploité les clichés était très proche du titre initialement voulu par Sorbelli. Ainsi, le droit au respect de l'œuvre n'est pas absolu. Selon cette décision, il protège l'intégrité de l'œuvre – – qui, en l'occurrence, n'était pas affectée par un changement minime du titre[1168] – mais n'autorise pas l'auteur à s'opposer à toute modification mineure. Si toutes les modifications ne sont pas susceptibles d'être sanctionnées par le juge, le seuil à partir duquel il faut considérer que l'intégrité de l'œuvre est menacée n'est pas facile à déterminer – en particulier dans le cas

[1166] V. *supra* p. 296 et s.

[1167] CA Paris, 3 décembre 2004, n° 04-06726.

[1168] Selon la décision précitée, « il n'apparaît pas que le titre accompagnant la photographie ait porté atteinte â l'intégrité de, son œuvre, celui-ci étant très proche du premier intitulé voulu par lui en 1994 ».

présent puisqu'une modification du titre n'affecte pas directement le contenu de l'œuvre même si elle peut influer sur la manière de la percevoir. Il semble que ce soit le respect de l'esprit de l'œuvre qui est, au final, recherché par les juridictions[1169]. Ainsi, un titre qui suggèrerait une autre interprétation de l'œuvre que celle voulue par l'auteur atteindrait certainement à son intégrité[1170].

Si la photographie ou la vidéographie est considérée comme une œuvre composite incorporant la performance, l'artiste de performance ne dispose d'aucuns droits (patrimoniaux ou moraux) sur cette œuvre étant donné qu'alors le photographe ou le vidéographe en serait le seul auteur[1171]. En revanche, même lorsque l'artiste a donné son accord pour que son œuvre soit reproduite dans une œuvre composite, il conserve un certain contrôle par le biais de ses droits moraux sur l'œuvre première. En effet, l'œuvre composite (la photographie ou vidéographie) doit respecter les droits moraux dont le premier auteur, c'est-à-dire ici l'artiste de performance, dispose sur son œuvre[1172]. Cela signifie que l'œuvre composite ne peut dénaturer l'œuvre préexistante qu'elle incorpore et doit mentionner le nom de l'auteur de cette dernière. De plus, il serait même possible pour l'auteur de l'œuvre originelle d'exercer son droit de retrait, ce qui aurait pour effet d'empêcher l'exploitation de l'œuvre composite[1173].

2. Droits moraux et modifications corporelles

L'œuvre constituée de modifications corporelles est confondue, de façon permanente cette fois-ci, avec le corps de l'artiste. Cela implique-t-il que l'exercice des droit moraux de l'auteur est confondu avec l'exercice des libertés individuelle de la personne ? C'est effectivement le cas lorsque l'artiste est juridiquement l'auteur de l'œuvre, c'est-à-dire lorsqu'il a effectué ou du moins précisément conçu les modifications qui touchent à son propre corps. Dans ce cas, les droits de divulgation et de retrait peuvent s'exercer en accord avec le droit d'une personne à

1169 A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.* n° 545.

1170 V. de même à propos du titre d'un livre modifié par l'éditeur, CA Paris, 25 mars 1998, *RIDA,* 1998, n° 178, p. 254.

1171 Article L. 113-2 du code de la propriété intellectuelle. La situation n'est pas si simple pour une œuvre vidéo : l'auteur de l'œuvre préexistante dont une œuvre audiovisuelle est adaptée est coateur de cette dernière (art. L. 113-7 alinéa 3 du code de la propriété intellectuelle). C'est la situation qu'a retenue le tribunal de grande instance de Paris pour qualifier l'apport de Marina Abramovic dans un film documentaire sur ses performance (TGI Paris, 20 mai 2011, 10/01454).

1172 Par exemple A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 232. V. aussi Cass. civ. 1ère, 22 nov. 1966, Bull. n° 518.

1173 V. Cass. 1ère, 10 mars 1993*, D.* 1994 p. 90, note B. Edelman. L'exercice du droit de retrait serait possible, ce qui aurait pour effet d'empêcher l'exploitation de l'œuvre composite – mais il ne serait pas possible de l'utiliser pour empêcher la seule exploitation de l'œuvre composite.

l'autonomie personnelle : si l'œuvre se confond avec le corps de l'auteur, ce dernier peut choisir de se montrer ou au contraire de se cacher au public. De plus, l'auteur peut vouloir modifier son œuvre de même que la personne peut vouloir apporter des modifications à son corps. Quant au droit de l'auteur au respect de l'œuvre, il coïncide ici avec le droit au respect de son corps[1174]. Plus exactement, le droit au respect du corps dépasse et comprend le droit au respect de l'œuvre puisqu'il interdit toute intervention qui violerait l'intégrité corporelle sans le consentement de la personne et la justification d'une nécessité thérapeutique. Ainsi lorsque œuvre et corps de l'auteur sont confondus, si ce dernier peut interdire tout atteinte à son corps, il peut, *a fortiori*, interdire toute modification de son œuvre.

Cette dernière remarque nous conduit à apporter une certaine nuance à l'affirmation selon laquelle les droits moraux trouvent pleinement à s'exercer. Finalement, lorsque l'œuvre est liée au corps de l'auteur, qu'elle n'en est pas détachable, les droits moraux sont de peu d'utilité puisque le corps est déjà protégé par d'autres biais. Les droits moraux ne s'exercent alors pas tant pleinement plutôt qu'ils ne perdent de leur pertinence. En effet, dans la conception personnaliste du droit d'auteur français, ces droits sont conçus comme une manifestation juridique du lien continu entre l'auteur et son œuvre. Même lorsque l'œuvre a été divulguée par son auteur et lorsque celui-ci a cédé ses droits d'exploitation sur l'œuvre, il demeure une relation indéfectible entre l'œuvre et son créateur. C'est ce qui explique, par exemple, le fait que les droits moraux soient inaliénables : ils sont propres à l'auteur lui-même. Or, lorsque l'œuvre est confondue avec le corps de l'auteur ou du moins ne peut en être détachée, ce lien n'a pas besoin d'être préservé par des droits moraux puisqu'il n'a jamais menacé d'être rompu.

Ainsi les droits moraux ne sont pas très pertinents lorsque l'artiste utilise son propre corps comme support de l'œuvre. En effet, les droits de la personne suffisent en fait à protéger l'œuvre. Or, l'auteur est très souvent support de ses propres œuvres dans l'art corporel, ce qui conduit à relativiser l'affirmation selon laquelle les droits moraux seraient particulièrement limités lorsque le corps humain est support de l'œuvre

---

[1174] Article 16-1 du code civil.
Le parallèle entre l'intégrité de l'œuvre et l'intégrité corporelle est fait par M. Cornu, « L'espérance d'intangibilité dans la vie des œuvres » *in Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p.697.

SECTION 2. La propriété du support entravée par la libre-disposition du corps

Ainsi, le corps s'affirme, notamment face aux droits moraux de l'auteur, par le biais des droits et libertés de la personne. Nous souhaiterions à présent nous intéresser à une autre manière dont le corps s'exprime, juridiquement, à travers l'œuvre d'art corporel. Pour cela, il nous faut revenir à la spécificité de l'art corporel qui est d'utiliser le corps humain dans sa matérialité. Il s'agirait alors ici d'étudier l'aspect matériel de l'œuvre, en nous plaçant donc un peu en dehors des questions de droit d'auteur qui nous ont principalement intéressées dans cette partie puisque le droit d'auteur a trait à l'aspect immatériel de l'œuvre. Évidemment, les deux aspect, matériel et immatériel d'une œuvre d'art ne peuvent être considérés de façon totalement isolée. D'ailleurs, le droit d'auteur prend en compte l'importante particulière de la dimension matérielle des œuvres d'art plastique en reconnaissant, au profit de leurs auteurs, un droit de suite attaché aux exemplaires physiques de ces œuvres[1175]. En effet, dans ce domaine, non seulement l'œuvre est incorporée à un support souvent unique duquel elle ne peut être détachée, mais c'est encore de ce support que procède la valeur (économique notamment) de l'œuvre.

En l'occurrence, la matérialité de l'œuvre corporelle présente un caractère très particulier puisque qu'il s'agit du corps humain ou des éléments ou produits. C'est pourquoi notre analyse nécessite de nous intéresser d'abord à la façon dont le droit, en particulier le droit des biens, appréhende le corps. Notre objet n'est pas de résoudre ici la question du statut ambigu du corps humain, toutefois, et bien que nous choisissions d'adopter une approche pragmatique afin d'étudier la question sous l'angle spécifique de la propriété de l'art corporel, il nous est nécessaire de retracer les débats autour de la relation d'une personne à son corps (§1). Seulement alors pourrons-nous nous pencher sur les implications que l'aspect corporel des œuvres d'art corporel emporte quant à l'exploitation de leur support physique (§2).

Paragraphe 1. L'incertaine relation de la personne à son corps

Les œuvres d'art corporel peuvent nous conduire à nous interroger sur ce qui fait la personne humaine et à nous demander à quel point l'humanité dépend de la présence d'un corps

[1175] Article L. 122-8 du code de la propriété intellectuelle.

biologique. Les réalisations qui explorent cette question sont d'ailleurs très intéressantes en ce qu'elles ne se fondent pas uniquement sur des hypothèses fictionnelles mais mettent en œuvre des expériences concrètes dans lesquelles des artistes engagent et modifient leur corps afin de tester les limites de leur humanité. Le bio-art propose par exemple d'interroger la frontière entre la personne humaine et l'animal. Pour la performance *Time Capsule*, en 1997, l'artiste brésilien Eduardo Kac s'implante une puce électronique dans la jambe et s'enregistre comme « animal » sur une base de données destinée à l'identification des animaux de compagnie tandis qu'en 2011, la jeune artiste française Marion Laval-Jeantet, membre du duo Art Orienté Objet, se fait injecter du sang de cheval pour la performance *Que le cheval vive en moi*. L'art corporel explore aussi la limite entre la chair et la technologie, comme lors des performances dans lesquelles l'artiste australien Sterlac attache son corps à des exosquelettes robotiques

En matière juridique, ce thème du lien entre le corps de chair et l'humanité se retrouve sous la forme d'une interrogation sur la nature juridique du lien entre la personne et son corps. En effet, cette question, qui est liée en particulier à une interrogation sur la possibilité d'une propriété du corps humain, est l'objet de vifs débats juridiques (A). En tout état de cause, la mise en circulation du corps est envisageable, quoique difficile (B).

A. Le statut ambigu du corps humain

Le droit fonctionne selon une *summa divisio* qui sépare les personnes des choses. Ainsi, tout ce qui n'appartient pas à la première catégorie appartient forcément à la seconde. Seules les personnes peuvent être des sujets de droit, titulaires de droits et d'obligations, tandis que les choses ne peuvent être qu'objets de droit. Cependant, comme le font remarquer de nombreux auteurs[1176], la frontière qui sépare ces deux notions n'est pas toujours clairement définie et le

[1176] V. entre autres : G. Marain, « Choses hors commerce et notions voisines » *in Droits*, vol. 2 n° 62, 2015, p. 205-216 ; I. Moine, *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997 ; B. Edelman, *Ni chose ni personne,* Hermann, 2009 ; ou encore, pour une perspective historique, D. Deroussin, « Personne, chose, corps » in E. Dockès et G. Lhuilier, *Le corps et ses représentations*, Litec, 2001, p 123-146.

Sur le fait que le statut ambigu de corps (entre autres) doit être l'occasion de repenser les catégories du droit des biens : S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieux » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 64, n° 1, 2010, p. 123-182 : « Or, il est permis de penser, avec B. Latour, que face à la "prolifération" de ces hybrides de choses et de personnes, […] l'on aurait tort de vouloir à tout prix

corps humain ainsi que ses éléments et produits constituent une parfaite illustration de cette porosité entre les catégories de personnes et de choses[1177]. Le corps occuperait ainsi une position ambiguë d'« élément limitrophe »[1178] se situant dans un entre-deux, « ni chose ni personne»[1179].

Aussi, pour explorer ce positionnement ambigu, nous nous attacherons naturellement à décrire successivement les différentes théories appréhendant le corps comme personne (1) ou comme chose (2).

1. Le corps appréhendé comme personne

La plupart des auteurs s'accordent à exclure le corps de la catégorie des choses. Le corps se confond, dans cette conception, avec la personne elle-même. Ainsi, tout être humain, lequel ne peut se concevoir sans son corps, serait une personne physique[1180] et disposerait, de ce fait, d'une personnalité juridique[1181]. Le lien entre le corps et la personne s'établit donc d'une façon qui est présentée par un certain nombre d'auteurs comme à la fois évidente et naturelle. Par exemple, Cornu considère que « le droit ne fait qu'entériner ce que le fait rend évident : que le

---

la sauver [la "constitution moderne"] en procédant à de plus ou moins grosses opérations, qu'il faut plus radicalement en changer ».

[1177] Pour un autre exemple de domaine dans lequel cette distinction est remise en cause, v. les débats autour du statut des animaux provoqués notamment par le récent article 515-14 du code civil qui, tout en reconnaissant que les animaux sont des « êtres vivants doués de sensibilité », les soumet au régime des biens.

V. notamment P. Billet, « L'animal, prétexte d'une analyse renouvelée des relations juridiques entre l'homme et l'environnement » *in Les cahiers de la justice*, n° 4, 2019, p. 695 ; P.-J. Delage, « L'animal, la chose juridique et la chose pure » *in D.*, 2014 p. 1097 ; J.-P. Marguénaud et F. Burgat, « La personnalité animale » *in D.*, 2020, p. 28 ; J.-P. Marguénaud et X. Perrot, « Le droit animalier, de l'anecdotique au fondamental » *in D.*, 2017, p. 996 ; N. Reboul-Maupin, « Nos amis, les animaux… sont désormais doués de sensibilité : un tournant et des tourments ! » *in D.*, 2015, p. 573.

[1178] G. Marain, *op. cit.*

[1179] Pour reprendre le titre de l'ouvrage de B. Edelman, *Ni chose ni personne,* Hermann, 2009

[1180] Etre humain et personne sont des catégories qui ne se superposent pas forcément, la personne étant une fiction juridique. De façon historique, cette notion n'a pas toujours pris en compte la réalité physique de l'être humain (Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature » in Le Débat, n° 100, 1998, p. 85-107). V. aussi M. Iacub, Penser les droits de la naissance. PUF, 2002, p. 91-102 sur l'artificialité de la notion de personne. Cependant, comme le note J. Rochfeld, « dans une conception plus concrète qui imprègne le droit de la seconde moitié du XXe siècle, la qualification de personne se superpose davantage aux êtres humains charnels » (*Les grandes notions du droit privé,* PUF, 2013, p. 18).

[1181] V. X. Bioy, « Le droit à la personnalité juridique » *in* X. Bioy (dir.)., *La personnalité juridique*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole – LGDJ, 2013, p. 97-113. Evidemment certaines questions se posent, en particulier pour ce qui de l'enfant non-né qui a un corps mais pas de personnalité juridique (v. là-dessus, M. Iacub, *op. cit.* ; A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne : Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003 et X. Labbée, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presses Universitaires du Septentrion, 2012).

corps est la personne en chair et en os, la personne incarnée »[1182], tandis que pour Carbonnier, « le corps humain fait la personne »[1183]. Il semble ainsi s'établir un lien d'interdépendance entre corps et personne : puisque la personne juridique, lorsqu'elle est personne physique, ne peut exister sans un corps, le corps ne peut pas non plus, en retour, se concevoir comme détaché de la personne.

À ce titre, on peut relever que la question du caractère appropriable ou non-appropriable du corps n'a de sens que si elle porte sur une chose. En effet, si le corps est considéré comme une personne, elle ne peut en aucun cas faire l'objet d'un droit de propriété dans la mesure où les personnes, contrairement aux choses, ne peuvent être que sujets, et non objets, de droit. D'ailleurs, il serait impossible de considérer la personne comme étant propriétaire de son corps puisque, dans cette conception, elle n'en est pas distincte[1184]. Il n'est pas possible non plus d'être propriétaire du corps d'autrui puisque, le corps étant intrinsèquement lié à la personne, le transfert de propriété du corps entraînerait le transfert de la personne en son entier – ce qui causerait la disparition de la personnalité juridique.

Pour formaliser juridiquement les rapports entre la personne et son corps, ceux-ci peuvent parfois être envisagés sous l'angle des droits de la personnalité. Ces droits de la personnalité règlent les rapports entre la personne et ses attributs (image, vie privée, voix, etc.). Passer par ces droits de la personnalité permettrait de reconnaître un certain droit de maîtrise de la personne sur son propre corps, tout en évitant que ce droit ne soit conçu comme un droit réel[1185]. De plus, les droits de la personnalité sont indisponibles et extrapatrimoniaux puisqu'ils sont inséparables de la personne elle-même. Ce régime permettrait alors de protéger le corps en évitant qu'il

---

[1182] G. Cornu, *Droit civil*, 11ème éd., Montchrestien, 2005, p. 211.

[1183] J. Carbonnier, *Droit civil*, Thémis, 2004, p. 381.

[1184] Par exemple v. C. Neirinck, « Le corps humain » *in* D. Tomasin (ed.), *Qu'en est-il de la propriété* ?, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole - LGDJ, 2006, p. 127 : « En effet, il demeure incontestable que chaque être ne peut exercer qu'une liberté publique sur son corps et que cette liberté, aussi étendue soit-elle, ne pSeut dégénérer en droit de propriété. Cette affirmation ne repose pas sur la valeur que la société veut reconnaître au corps humain mais sur la structure même du droit de propriété. Le droit de propriété est par essence un rapport entre le propriétaire et une chose, un rapport du sujet de droit avec un élément qui lui nécessairement extérieur. Nul ne peut être tout à la fois le sujet et l'objet du droit de propriété. »

[1185] V. pour une critique technique de la notion de droit de la personnalité, F. Zenati-Castaing et T. Revet, Les biens, 3ème éd., PUF, 2008, n° 8c. Les auteurs considèrent que les droits de la personnalité sont des droits de propriété puisque ce sont des droits exclusifs.

Une démarche comparable à celle de passer par des droits de la personnalité peut être trouvée chez la philosophe M. Marzano (*Penser le corps*, PUF, 2002, p. 137 et s.) qui considère que la personne aurait sur son corps un « *dominium* » et pas un droit de propriété. La différence se trouverait, selon l'auteure, dans l'impossibilité d'abuser de son corps (par exemple de la vendre). Cette démarche vise à éviter le droit de propriété au profit d'un régime plus supposément plus protecteur – encore qu'il nous paraît tout à fait possible de définir un droit de propriété qui exclurait l'*abusus*.

puisse être mis dans le commerce – même si l'efficacité d'une telle stratégie peut être interrogée au vu d'un certain mouvement de patrimonialisation des droits de la personnalité (image, nom, etc.)[1186].

Il nous faut enfin noter que le lien souvent présenté comme évident entre le corps et la personne juridique physique – lien qui fonde l'idée selon laquelle le corps est la personne elle-même et donc ne peut pas être un bien –, n'a rien de naturel mais est historiquement et culturellement établi. Comme l'exprime Marcela Iacub :

> « Cette proposition de la doctrine [selon laquelle la personnalité physique est reconnue à tout être humain] ne nous donne donc qu'une information à propos de la classe d'entités qui seront prises en considération par l'ordre juridique en vigueur pour la création des personnes. Mais ces données ne sont ni stables ni définitives, et ne sont pas consubstantielles à la personnalité en général. »[1187]

Il suffit d'ailleurs de constater le droit français a pu rendre l'esclavage légal pour se convaincre du caractère historiquement situé de la théorie selon laquelle le corps équivaut à la personne et ne peut, de ce fait, faire l'objet d'un droit de propriété[1188].

Le rapport d'identité entre corps et personne n'est donc pas aussi naturel que certains auteurs le présentent. Un tel constat mène à des interrogations sur ce qui fait la personne et permet de se demander à quel point une personne est, juridiquement, liée à son corps. Ce lien entre la personne et son corps est indéniablement un lien de très forte proximité : ainsi, chaque personne humaine, signalée par l'existence d'un corps, a droit à une personnalité juridique[1189] – le corps indique donc la présence d'une personnalité juridique[1190]. Cependant, il ne semble pas que le corps et la personne soient forcément superposés. Ainsi, si le corps implique la personnalité, il n'est pas certain que la réciproque soit toujours exacte : il peut y avoir une personnalité juridique sans corps – ce qui évidemment le cas des personnes morales mais aussi, parfois, des

---

1186 En ce sens, D. Deroussin, « Personne, chose, corps » *in* E. Dockès et G. Lhuilier, *Le corps et ses représentations*, Litec, 2001, p 144 et s.

1187 M. Iacub, , *Penser les droits de la naissance*, PUF, 2002, p. 99.

1188 L'esclave était, en droit, une « personne qui avait un prix » – donc à la fois une personne et un bien. V. R. Scott et J. Hébrard. « Esclavage et droit » *in Genèses*, vol. 66, n° 1, 2007, p. 2-3.

1189 X. Bioy, « Le droit à la personnalité juridique » *in* X. Bioy (dir.)., *La personnalité juridique*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole – LGDJ, 2013, p. 97-113.

1190 T. Revet, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? » *in RTD Civ.*, 2017, p. 587.

personnes physiques. Marcela Iacub évoque ainsi des cas de figure dans lesquels il existe une personne juridique sans corps, en particulier le régime de l'absence en droit civil[1191]. La notion juridique de personne physique ne demande donc pas forcément la présence d'un corps de chair.

2. Le corps appréhendé comme chose

Si les éléments et produits du corps sont progressivement appréhendés comme choses (α), les positions tendant à analyser le corps entier comme une chose (β), même une chose particulière (γ), restent minoritaires.

α. Les éléments et produits du corps comme choses

Les progrès de la biologie et de la médecine permettent d'avoir une compréhension objective du corps et d'appréhender ce dernier isolément de la personne, lors de greffes d'organes par exemple. Ces possibilités techniques se reflètent dans une certaine évolution du droit. Les lois bioéthiques font référence, non seulement au corps en tant que tel, mais aussi à ses éléments et produits[1192], reconnaissant par là la possibilité d'isoler certaines parties du corps et de les appréhender séparément du tout. Cette catégorie de produits et éléments suggère la possibilité d'un statut juridique différent pour les parties détachées du corps. En effet, si l'existence d'un corps entier et vivant est nécessaire à la constitution de la personne physique et justifie ainsi le rattachement du corps à la catégorie de personne, tel n'est pas le cas pour une partie du corps prise isolément. Ni le sang, ni un organe, ni même un membre ne peuvent être considérés comme le « *substratum* »[1193] de la personne. D'ailleurs, une personne conserve la même personnalité juridique après une greffe ou une amputation[1194]. Leur statut peut donc logiquement différer de celui du corps entier qui est nécessaire à la présence au monde de la

[1191] Articles 112 et s. du code civil.

M. Iacub, *op. cit.,* p. 93. V. aussi X. Labbé, *Le corps humain avant la naissance et après la mor*t, Presses Universitaires de Lille, 1990, p. 43 et s.

[1192] V. en particulier la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

[1193] J. Carbonnier, *Droit civil*, Thémis, 2004, p. 381.

[1194] M. Iacub, *op. cit.,* considère le corps humain comme une fiction juridique, ce qui permettrait la cession des éléments et produits du corps sans annihiler la personnalité juridique.

personne[1195]. Or, dans la mesure où ces éléments ou produits du corps ne sont pas qualifiés de personnes, ce sont forcément des choses[1196].

De plus, les éléments et produits du corps sont, de fait, traités comme des biens. Ainsi, il faut bien constater que pour les hôpitaux, établissements de don et organismes de recherche, la matière humaine « peut être acquise à titre onéreux, stockée, exploitée et brevetée en dépit de résistance d'arrière-garde »[1197]. Doit-on alors penser que la personne dispose d'un droit de propriété (ou un droit réel quelle qu'en soit la forme exacte) sur les parties détachées de son corps ? Par exemple, Xavier Dijon, alors même qu'il s'oppose à ce que la personne puisse être dite propriétaire son corps, considère qu'elle dispose en revanche d'un « droit subjectif patrimonial » sur ses éléments et produits dans la mesure où « toutes les parties du corps ne s'identifient pas immédiatement et avec la même intensité au sujet lui-même »[1198]. En somme, puisque les parties détachées du corps humain ne sont pas la personne elle-même, rien ne s'oppose à ce que le lien qui rattache l'un à l'autre soit un droit de propriété[1199] et donc à ce que les éléments ou produits du corps circulent dans le commerce juridique.

D'autre part, raisonner à partir des éléments du corps permet d'éclairer la question du statut du corps lui-même. Marcela Iacub, partant d'un scénario de fiction, celui d'« un homme qui

---

[1195] En ce sens v. X. Dijon, *Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Université catholique de Louvain, 1981-1982, n° 985.

[1196] La transformation de personne à chose se ferait au moment où ces éléments se détachent du « tout » que constitue le corps humain. V. G. Marain, *op. cit.,* p. 211.

La situation des éléments et produits du corps est à rapprocher du corps avant la naissance ou après la mort (v. X. Labbée*, op. cit.).* Puisque, pendant ces périodes, la personnalité juridique n'investit plus ou pas encore le corps, il ne paraît pas logique de rattacher le corps de l'embryon, du fœtus ou du cadavre au statut de personne. Le cadavre est dépourvu de personnalité juridique et, malgré certains débats, les auteurs comme la jurisprudence semblent s'accorder sur le fait que le cadavre est bien une chose – même s'il s'agit d'une chose qui mérite un respect particulier de par son humanité passée. uLe débat est plus vif concernant le statut du corps avant la naissance qui n'est certes pas une personne, mais dont statut incertain est objet de controverses. De nombreux auteurs refusent en effet d'y voir une chose. Ainsi un statut intermédiaire de personne humaine potentielle est proposé notamment par le Comité consultatif national d'éthique (avis du 23 mai 1984).

[1197] C. Neirinck*, op. cit.,*

[1198] X. Dijon, *op.cit.,* n°985

[1199] Contra C. Neirinck, *op. cit*., qui estime qu'il y a peut y avoir un droit propriété (des hôpitaux et autres institutions diverses) sur la matière corporelle d'autrui, mais pas de propriété de la personne sur sa propre matière corporelle, tout en reconnaissant que cela aboutit à une situation paradoxale.

Cette position peut être rapproché de la célèbre affaire Moore aux États-Unis, dans laquelle un laboratoire avait développé, breveté et commercialisé un vaccin à partir des cellules souches d'un patient, M. Moore. Ce dernier avait saisi les tribunaux américains d'une action en revendication sur ses propres tissus corporel. Il fut débouté en 1990 par la Cour suprême de Californie qui refusa de lui reconnaître un droit de propriété sur les produits de son propre corps, alors même que ceux-ci avaient servi à développer un vaccin exploité commercialement par une société pharmaceutique. Sur cette affaire v. not. B. Edelman, « L'homme aux cellules d'or » *in D*., 1989, chron. 225-230 ; F. Bellivier et C. Noiville, *Les biobanques*, PUF, 2009, p. 83 et s. ; M.-A. Hermitte, « L'affaire Moore, ou la diabolique notion de droit de propriété » *in Le Monde diplomatique*, déc. 1988, p. 20-21.

substitue progressivement à chacune des parties de son corps des dispositifs mécaniques » et remplace son cerveau par un ordinateur, estime qu'en imaginant que « cette créature fantasque et métallique ait conservé sa conscience, sa mémoire, ses compétences cognitives inchangées » elle conserverait sa personnalité juridique[1200]. Ainsi, aucune des parties de son corps en particulier, ni même la somme de toutes ces parties, ne fait véritablement la personne juridique. Or, si le corps n'est pas une personne, il faudrait en déduire qu'il est une chose.

β. Le corps entier comme chose

Un courant doctrinal, qui reste minoritaire, dissocie la personne de son corps et estime en conséquence que ce dernier, même entier et vivant, doit être reconnu comme une chose. C'est le cas, de façon notable, d'Aurel David qui distingue radicalement la personnalité juridique et le corps, au point que ce dernier est comparé à une machine et très clairement qualifié de chose[1201].

Sans même aller jusque-là, cette vision dualiste est partagée par Thierry Revet[1202] pour qui le corps, qui est une réalité matérielle, se trouve dans un rapport d'altérité avec la personne, fiction juridique servant de support de droits et d'obligations. S'il existe un lien entre les deux, c'est que le corps « constitue le déclencheur et le signal d'une personne juridique » mais il ne peut y être assimilé et serait donc une chose.

Ainsi, pour Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, la personne dispose d'une maîtrise exclusive sur son corps, ce qui caractérise précisément, selon eux, la propriété[1203]. Toutefois, ils avancent que cette propriété porterait sur un bien extrapatrimonial, au sens où le corps d'une personne ne peut être saisi et ne fait donc pas partie de son patrimoine en tant que gage commun à ses créanciers. Si ces débats sur la nature du droit de propriété n'ont que peu d'incidence sur notre étude, ils soulignent bien que, quel que soit la qualification juridique du lien qui lie la

---

1200 M. Iacub, *op. cit.,* p. 93.

1201 A. David, *La structure de la personne humaine*, PUF, 1955. V. par exemple p. 10 : « La disparition de la personne juridique à lieu en un instant lors de la mort. Mais la machinerie, en réalité inutilisable, reste. Donc, tout ce corps qui reste ne constitue ni de loin ni de près une personne. Il est une chose. »

1202 T. Revet, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? » *in RTD Civ*., 2017, p. 587.

V. aussi J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée,* Seuil, 1993, qui considère également que le corps est une chose davantage pour des raisons d'équité, pour ne pas qu'on puisse tirer avantage du corps d'autrui : « Compte tenu du fait que le cadavre est incontestablement une chose, qu'un élément séparé du corps est aussi une chose et que ces dons corporels, dont la médecine aura de plus en plus besoin, portent sur ce qui est approprié avant l'acte généreux, il faut pour ces diverses raisons réaliser qu'en l'absence de notion intermédiaire entre la personne et la chose on ne peut faire autrement que classer le corps dans la catégorie des choses » (p. 212-213).

1203 F. Zenati-Castaing et T. Revet, *op. cit.*, n°8c et 36c.

personne avec son corps, ce dernier dispose bien d'une maîtrise, qui certes n'est pas illimitée, sur son corps.

γ. Le corps comme chose particulière ?

Enfin, une dernière position consiste à reconnaître, dans le corps, une chose mais à vouloir en faire une chose spéciale au régime particulièrement protecteur. Pour cela, une première démarche peut être de proposer la création d'une catégorie *ad hoc*. Ainsi Grégoire Loiseau[1204] avance l'idée d'un statut pour le corps humain et pour ses éléments et produits qui permettrait de dépasser l'opposition entre choses et personnes : celui de choses non appropriables. Cette catégorie particulière de choses reflèterait les difficultés que connaît le droit pour appréhender le corps et traduirait le fait que celui-ci, bien que n'étant pas une personne, doit être traité avec un égard particulier, tout comme les animaux ou les choses naturelles telles que l'air, l'eau, etc.[1205]

D'autres auteurs cherchent à faire du corps une chose spécialement protégée en passant par la catégorie de choses hors commerce[1206]. S'appuyant sur l'ancien article 1128 du code civil[1207], ces auteurs estiment que le corps serait bien une chose, mais une chose hors commerce, c'est-à-dire ne pouvant pas faire l'objet de conventions. Ainsi, le corps serait davantage protégé car cette qualification de chose hors commerce permettrait d'empêcher la personne d'en disposer librement. Ces réflexions sont intéressantes en ce qu'elles permettent de penser le corps comme une chose, c'est-à-dire de le penser de façon indépendante de la personne, tout en mettant en

---

[1204] G. Loiseau, « Pour un droit des choses » *in D.*, 2006, p. 3015.

[1205] Dans le même sens : F. Bellivier et C. Noiville « L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? » *in Revue des contrats*, n° 3, sept. 2016, p. 505. Les auteures estiment que ce n'est pas forcément des règles de droit des contrats qui doivent protéger le corps humain en en limitant la circulation mais plutôt des règles tenant à la qualification même du corps : « Car nous le pressentons, ce n'est pas seulement l'obstacle bien commode mais au fond assez abstrait de l'ordre public qui nous fait mettre des bornes à certains échanges, mais aussi la nature particulière (socialement construite, bien sûr) de certaines choses : des données personnelles, un OGM, une souris transgénique, un utérus, le climat, etc. Par conséquent, […] il nous faudra repenser, à l'occasion d'une autre réforme, peut-être la révision de la loi de bioéthique attendue pour 2018 ou encore celle du droit des biens, une catégorie de choses humaines, personnelles ou vivantes ».

[1206] Notamment J.-P. Baud, *op. cit.* ; I. Moine, *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997 ; J.-C. Galloux, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français *in Les Cahiers de droit*, vol. 30, n° 4, 1989, p. 1011-1032.

[1207] Ce texte disposait ainsi : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent faire l'objet de conventions ». Cette formulation laissait donc penser, en raisonnant par contraposée, qu'il existe des choses hors commerce qui ne peuvent pas faire l'objet de conventions.

L'article a été abrogé par l'ordonnance du 10 février 2016. Sur les conséquences, finalement limitées, de cette abrogation sur le statut du corps, v. F. Bellivier et C. Noiville*, op. cit.*

avant son importance particulière – qui ne peut être niée dans la mesure où c'est de son corps que dépend la vie de la personne humaine.

Ainsi, la position qui tend à assimiler le corps à la personne (humaine ou juridique) n'est pas une évidence, elle peut être interrogée et remise en cause. Juridiquement, il ne nous paraît donc pas pertinent de considérer simplement que le corps est la personne elle-même alors qu'il est tout à fait possible de les penser comme deux notions distinctes et, dans une certaine mesure, de détacher effectivement le corps de la personne par des techniques médicales comme la greffe ou le don d'organe. Certes, cette assimilation du corps à la personne découle de l'intention de protéger le corps et donc la personne à travers lui. Cependant, l'objectif de protéger le corps ne nous paraît pas nécessiter de nier son existence en tant que réalité qui peut être détachée de la personne. Au contraire, certains principes juridiques s'appliquent précisément au corps et le reconnaissent comme un objet indépendant de la personne dans le but d'encadrer son utilisation. En effet, le lien de proximité qui lie la personne à son corps se traduit par un régime juridique particulier, qu'il s'agit d'examiner pour déterminer si l'art corporel peut circuler en tant qu'œuvre incarnée.

B. La circulation envisageable du corps humain

En droit positif, il a été question d'exclure le corps du commerce juridique. Un célèbre arrêt de la Cour de cassation, rendu en 1991 à l'occasion d'une affaire concernant la maternité de substitution, consacra de façon prétorienne le principe d'indisponibilité du corps humain[1208]. La Cour affirma en effet que les conventions de mère porteuse, même lorsqu'elles sont passées à titre gratuit, sont nulles car contraires « au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain »[1209]. L'indisponibilité impliquerait que le corps humain soit totalement en dehors du

---

[1208] Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105. Cette décision était fondée sur l'ancien 1128 du code civil, abrogé par la réforme de 2016.

Elle avait été annoncée par un arrêt de 1989 (Cass. civ. 1ère, 13 déc. 1989, n° 88-15.655) sur la dissolution d'une association ayant pour but de favoriser la maternité pour autrui, principe d'indisponibilité des fonctions reproductrices.

[1209] Le raisonnement complet est formulé comme suit : « Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ».

commerce juridique et qu'il ne puisse faire l'objet d'aucune convention. Même si cette notion ne dit rien sur le statut (chose ou personne) du corps humain, elle empêche effectivement qu'il ne soit disposé de celui-ci comme d'une chose. Cependant ce principe d'indisponibilité a pu être attaqué au motif qu'il ne reflétait pas la réalité. Ainsi, Michelle Gobert critique l'utilisation par la Cour de cassation d'un principe doctrinal s'apparentant presque à une « formule incantatoire » et, prenant des exemples aussi variés que le don du sang et le contrat de travail, elle montre bien que le corps humain et ses éléments et produits sont, de fait, dans le commerce juridique[1210].

Depuis, des questionnements croissants sur la bioéthique ont introduit le corps humain dans le champ législatif. En particulier, la loi bioéthique de 1994[1211] a créé les articles 16 et suivants du code civil qui posent les principes encadrant le traitement juridique du corps humain. La notion d'indisponibilité qui avait été dégagée par la jurisprudence ne fut pas reprise dans la législation, laquelle ne comporte pas non plus de dispositions claires quant au statut – chose appropriable ou non – du corps. En revanche, ces dispositions affirment une volonté marquée d'exclure le corps humain des échanges à titre onéreux. Ainsi, l'article 16-5 du code civil dispose : « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ». Il s'agit donc là davantage d'une affirmation du caractère non-patrimonial du corps humain que de son indisponibilité. Or, ces deux notions ne sont pas strictement interchangeables[1212]. En effet, le principe de non-patrimonialité du corps est plus limité que le principe d'indisponibilité. Il interdit toute convention à titre onéreux ayant pour objet le corps humain, ses éléments ou produits mais n'interdit pas les conventions en général, en particulier à titre gratuit. D'ailleurs, comme le remarquent plusieurs auteurs[1213], la maternité de substitution doit faire l'objet d'une disposition spécifique, l'article 16-7 du code civil. Cet article prohibe tout contrat de mère porteuse, même conclu à titre gratuit, ce qui signifie bien qu'en dehors de cette situation particulière, le corps humain peut faire l'objet de conventions. Ainsi, le corps ne peut être considéré hors commerce dans la mesure où « l'extrapatrimonialité du corps, de ses éléments et de ses produits, proclamée

---

[1210] M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les “principes” d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes » in *RTD civ.*, ,1992 p. 489.

[1211] Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain

[1212] Sur les principes d'indisponibilité et de non-patrimonialité : S. Lavroff-Detrie, *De l'indisponibilité à la non-patrimonialité du corps humain,* Paris 1, 1997.

[1213] Entre autre, D. Deroussin, *op. cit.* et T. Revet, *op. cit.*

par les articles 16-1, alinéa 3 et 16-5 du code civil n'est [pas] synonyme d'extracommercialité juridique »[1214].

Finalement, il faut donc constater que le corps « circule », s'inscrit dans le circuit du commerce juridique, et que les règles de droit ne s'y opposent pas. Certes, il est impossible d'aliéner son corps en entier puisque cela entraînerait l'extinction de la personnalité juridique[1215]. Mis à part ce cas extrême, il est possible de mettre en circulation des éléments ou produits du corps sous réserve que cela soit à titre gratuit[1216]. De plus, comme le fait remarquer Thierry Revet, « l'engagement à titre onéreux du corps humain, autre que translatif de propriété, constitue, par ailleurs, une réalité positive incontestable »[1217] : une personne peut ainsi mettre à disposition son corps dans le cadre d'un contrat de travail ou commercialiser les émanations de son corps que sont la voix ou l'image. Au-delà de la question du statut du corps, il est donc intéressant de constater que sa circulation est possible par le biais de contrats dont il n'est pas directement l'objet, mais qui de fait, l'engagent. Or, ces contrats peuvent permettre, pour ce qui nous intéresse, une certaine circulation matérielle de l'œuvre d'art corporel.

Paragraphe 2. La difficile propriété matérielle de l'œuvre

L'exercice de la propriété matérielle sur l'œuvre ayant pour support le corps est malaisé, la mise en circulation ou en exposition de celui-ci rencontrant des obstacles liés au principe de libre-disposition du corps (B). Or, l'œuvre corporelle étant peu dissociable de ce support qu'est le corps (A), l'exercice de la propriété de cette œuvre est obéré par voie de conséquence.

[1214] T. Revet, *op. cit.*

[1215] V. par exemple F. Zenati-Castaing et T. Revet, n° 36c.

[1216] Encore que même ce principe connaît des aménagements. Ainsi des organismes autorisés par l'agence française de sécurité sanitaire des produits de santé peuvent céder des tissus et cellules du corps humains dans le cadre une activité commerciale liée à la recherche scientifique (article L. 1243-4 du code de la santé publique) tandis que les produits sanguins s'échangent au tarif fixé par le ministère de la santé (Article L. 1221-9 du même code).

[1217] T. Revet, *op. cit.* Dans le même sens v. M. Gobert, *op. cit.*

A. La difficile distinction de l'œuvre corporelle et de son support

Le droit d'auteur distingue l'œuvre de son support. Seule la première fera l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, le second pouvant être l'objet d'une propriété matérielle. Cette distinction est aujourd'hui l'un des traits fondamentaux du droit d'auteur, si bien qu'elle est mentionnée dès l'article 111-3 du code de la propriété intellectuelle et ne semble plus faire aucun débat dans la doctrine.

La distinction traditionnelle de l'œuvre et de son support (1) est particulièrement difficile à réaliser pour les œuvres d'art corporel (2).

1. Une problématique générale en matière d'arts plastiques

Admise dès la loi révolutionnaire de 1793, la distinction entre œuvre et support fut pourtant remise en cause au cours du XIXe siècle, et ce même pour les formes artistiques dans lesquelles elle peut nous sembler la plus évidente, notamment pour les écrits littéraires[1218]. Il nous est en effet relativement naturel de considérer que le texte composé par l'auteur ne se confond pas avec le livre dans lequel ce texte est imprimé, simple support fait d'encre et de papier. Cela peut paraître plus difficile lorsqu'il s'agit des arts plastiques, car une œuvre d'art « s'incarne dans un objet corporel, par opposition par exemple, aux œuvres littéraires, dont le support matériel, interchangeable, n'a d'autre intérêt que pratique »[1219]. Les genres artistiques peuvent ainsi être distingués selon qu'ils sont liés à un support authentique qui en fait la valeur (les arts plastiques, arts autographiques) ou qu'ils peuvent être reproduits à de nombreux exemplaires sur des supports qui ont peu de valeur (musique, théâtre ou œuvres littéraires, arts allographiques)[1220]. La jurisprudence du XIXe siècle écartait d'ailleurs la distinction de l'œuvre et du support

[1218] Les tenants de l'idée d'un contrat social entre l'auteur d'une œuvre et le grand public réfutaient la distinction entre l'œuvre et son support, et donc la possibilité d'une propriété privée sur l'œuvre. Pour eux, du moment que l'œuvre était publiée, elle devait appartenir à chaque propriétaire du support matériel. Voir L. Pfister, JCL n°1110 « Histoire du droit d'auteur », LexisNexis, 2010.

[1219] D. Cohen, « La restauration du droit moral de l'artiste selon le droit français », *in La restauration des objets d'art. Aspects juridiques et éthiques. Etudes en droit de l'art*, Vol.6, Schulthess Polygraphischer Verlag AG et Bibliothèque des arts, 1995.

Sur la plus grande difficulté à distinguer l'œuvre de son support en matière d'art plastique, v. aussi A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit,* n° 162 et 235.

[1220] Cette distinction provient de N. Goodman, *Langages de l'art*, Jacqueline Chambon, 1990.

lorsqu'il s'agissait d'œuvres d'art. Ainsi dans un arrêt important rendu en 1842, la Cour de cassation estima que la vente d'une peinture devait entraîner le transfert des droits d'auteur afférents[1221]. Cette solution resta en vigueur jusqu'à la loi de 1910 (reprise et généralisée en 1957) qui distingue clairement la propriété incorporelle de la propriété matérielle des œuvres d'art et dispose de leur indépendance, le transfert de l'une n'emportant pas celui de l'autre.

Suite à cette loi de 1910, deux conceptions de l'œuvre d'art s'affrontèrent dans la doctrine juridique. Comme le rapporte Philippe Mouron[1222], les uns considéraient l'œuvre d'art comme un objet unique faisant l'objet de deux droits de propriété, l'un corporel et l'autre incorporel – deux propriétaires pourraient donc jouir des différentes utilités d'une même chose – tandis que les autres voyaient dans l'œuvre d'art deux objets distincts, l'un corporel et l'autre incorporel, qui faisaient alors chacun l'objet d'un droit de propriété. C'est cette seconde conception dans laquelle l'œuvre d'art est conçue comme abritant deux objets distincts, qui est prééminente aujourd'hui. On parle ainsi volontiers de la distinction de l'œuvre et du support – entendus par conséquent comme deux choses distinctes – qui est évoquée dans tous les manuels ou traités de droit d'auteur[1223].

Même si la distinction de l'œuvre et du support n'est plus remise en cause théoriquement, elle peut rester en pratique plus difficile à mettre en œuvre pour les œuvres autographiques, notamment les œuvre d'art plastique. Du fait de l'incorporation de l'œuvre dans un support authentique unique, il peut être délicat de distinguer les prérogatives qui relèvent du propriétaire du support de celles qui relèvent du titulaire des droits d'auteur[1224].

[1221] Cass. ch. réunies, 27 mai 1842 : S. 1842, 1, p. 396. - Repr. avec le commentaire de F. Rideau, *Primary Sources on Copyright (1450-1900)* : éd. L. Bently & M. Kretschmer ; www.copyrighthistory.org.

[1222] A ce propos, voir P. Mouron, *Le droit d'exposition des œuvres graphiques et plastiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, n°240-44.

[1223] Par exemple : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n°174 : « L'œuvre d'art est bien un bien incorporel "porté" par un bien corporel. »

A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, 2012, n°235 : « L'expression œuvre d'art […] revoie aussi bien à cet objet corporel qu'à la création intellectuelle. »

P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique,* PUF, 2015, n° 264 : « L'œuvre s'exprime à travers la reproduction ou la représentation qui peut en être faite, à partir du support matériel, dans lequel elle s'incorpore, mais qu'elle transcende. »

B. Gleize, « De l'indépendance des propriétés incorporelle et corporelle » *in* M. Vivant (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 3ème éd., 2019, p. 263 : « Le support – à savoir la toile, le cliché ou le livre –, en tant qu'objet matériel, est soumis à la propriété corporelle du Code civil. À l'inverse l'œuvre relève, de par sa dimension immatérielle, du Code de la propriété intellectuelle. »

[1224] V. *infra* p. 336 et s. sur le droit d'exposition.

2. Une problématique spécifique en matière d'art corporel

Les œuvres d'art corporel constituent un corpus d'œuvre d'une grande diversité, qui repose sur des médiums et des contextes de présentation au public variés. Il est donc difficile de les décrire de façon unifiée en ce qui concerne le rapport entre l'œuvre et son support. En revanche, nous pouvons nous essayer à dégager plusieurs cas de figure distincts afin d'approcher au plus près de la multiplicité des œuvres qui présentent un intérêt pour notre étude. Ces œuvres peuvent s'échelonner du modèle des arts de la scène pour les performances les plus théâtralisées qui utilisent des interprètes, jusqu'à celui des arts plastiques classiques pour les tatouages qui utilisent la peau comme une toile supportant un dessin ou pour les installations utilisant des éléments du corps humain comme s'ils constituaient la matière première d'une sculpture. Entre ces deux situations existent évidemment des modes d'expression mixtes dont relèvent la plupart des œuvres de performance. Nous suggérons donc d'analyser les œuvres d'art corporel en trois catégories selon qu'elles peuvent se concevoir, pour ce qui est de la relation entre l'œuvre d'art et son support, comme des œuvres allographiques à l'exemple des arts de la scène, des œuvres autographiques comme les arts plastiques ou des œuvres qui ne relèvent totalement d'aucune de ces deux catégories.

Les modifications corporelles, sur l'artiste lui-même ou sur un modèle, créent des exemplaires uniques d'une œuvre qui peut se comprendre comme une œuvre d'art plastique dont le support ou le matériau serait le corps humain. Ainsi, un tatouage est un dessin, œuvre graphique qui se trouve avoir la peau pour support. Dans des démarches plus radicales, le corps – ou la matière corporelle – peut être manipulé par l'artiste comme un véritable matériau faisant du résultat une sorte de sculpture vivante, comme dans les cas des opérations de chirurgie plastique d'Orlan[1225]. Les œuvres qui sont des installations utilisant des produits et éléments du corps de même, s'analysent comme des œuvres d'art plastique normales – dont seul le matériau est un peu particulier.

Les œuvres de performance les plus théâtrales ou chorégraphiques, à l'inverse, sont les plus allographiques. En effet, dans le cas où la performance utilise des interprètes, l'œuvre se

[1225] C'est l'exemple cité par B. Edelman (« La création dans l'art contemporain » *in D.,* 2009, p. 38) quand il parle du corps « comme une sorte de matériau - de la glaise - que la personne peut modeler à sa guise ; il est à sa disposition, soumis à son désir, en attente d'une forme à venir ».

détache sans peine du support puisqu'elle n'est liée à aucun « corps » spécifique. Par exemple les œuvres très chorégraphiées de Tino Seghal sont interprétées par des danseurs qui peuvent être des personnes différentes à chaque occurrence de l'œuvre – cette dernière existe donc de façon indépendante d'un « support » en particulier. Comme pour toute chorégraphie, l'appréhension de l'œuvre elle-même n'est, en pratique, pas simple puisque que celle-ci n'est pas notée à l'écrit dans une version servant de référence et détachée de toute interprétation (ce que la partition permet pour la musique par exemple). De plus, une performance ne sera jamais parfaitement allographique parce qu'elle ne peut être parfaitement reproduite par un procédé mécanique et que ses différentes versions seront donc toujours différentes[1226]. Cependant, elle n'a pas d'incarnation authentique ce qui rend aisée sa circulation, de corps à corps, entre différents interprètes.

Les œuvres de performance classiques, qui utilisent le corps de l'artiste lui-même et reposent sur un certain degré d'improvisation, sont plus difficiles à analyser. Ce ne sont pas des œuvres d'art plastique dans la mesure où elles ne sont pas liées à un objet d'art, support tangible dont elles ne pourraient être détachées. Certes, ces œuvres reposent sur la présence du corps de l'artiste ce qui leur donne une forte dimension matérielle et incarnée, mais il est impossible de considérer qu'elles seraient véritablement confondues avec leur support puisque l'œuvre de performance a une durée limitée. Ainsi, la confusion de l'œuvre de performance et du support corporel n'agit que pour un temps, et le corps peut exister de façon indépendante, sans porter l'œuvre. Pourtant ces œuvres, comme les œuvres autographiques, sont bien uniques. Elles sont en effet présentées au public sous formes d'événements qui n'ont pas vocation à être réitérés et reposent sur une forte composante d'improvisation qui est singulière à chaque performance particulière. De plus, en l'absence d'une version de référence, elle se confondent totalement avec leur interprétation. Il serait donc possible de leur appliquer l'analyse de Genette sur les performances entendues comme les différentes occurrences d'une œuvre des arts vivants : ce sont des œuvres intermédiaires[1227]. Elles sont autographiques puisqu'elles n'existent qu'en un seul exemplaire – et c'est d'autant plus le cas ici qu'elles sont liées à un corps particulier, celui de l'artiste lui-même – mais qu'elles peuvent accéder à un certain degré de reproductibilité par l'itération ou l'enregistrement.

[1226] G. Genette, *L'œuvre de l'art*, Seuil, 2010, p. 112.
[1227] *Ibid.,* p. 111

Puisque la plupart des œuvres d'art corporel, sauf les plus théâtrales, sont des œuvres au moins en partie autographiques, certaines des réflexions qui s'appliquent à toutes les œuvres d'art plastique peuvent trouver ici un écho. Une grande différence toutefois tient au fait que l'incorporation de l'œuvre au support conduit, pour les œuvres d'art plastique, à des difficultés pour articuler droits du propriétaire du support et du titulaire des droits d'auteur. Cependant, pour l'art corporel le support, qui peut être le corps (de l'artiste ou d'un modèle) ou certains de ses éléments et produits, ne peut être considéré comme une propriété au même titre que n'importe quel autre support matériel.

B. La difficile gestion du support de l'œuvre corporelle

Nous l'avons vu, il est possible d'organiser une commercialisation de l'œuvre, qui rapporte un revenu à l'artiste, sans avoir recours à la circulation du support[1228]. Pour l'art corporel, cette commercialisation passe par la documentation (par le biais de photographies en particulier) ou par la représentation (reconstitutions de performances historiques par exemple). Toutefois, pour les œuvres d'art plastique classiques, la vente du support reste très importante et constitue même, en général, la principale source de revenu de l'auteur – ce qui explique d'ailleurs l'existence du droit de suite[1229]. Puisque d'une part les œuvres d'art corporel sont souvent des œuvres autographiques (liées à un support authentique) comme le sont les œuvres d'art plastique plus classiques, et puisque d'autre part elles sont exploitées dans le circuit de l'art par des galeries, collectionneurs ou musées qui ont l'habitude de ces œuvres d'art plastique classiques, la question peut se poser avec pertinence : le support physique de l'œuvre d'art corporel peut-il circuler ?

[1228] V. *supra* p. 306 et s.

[1229] Ce droit est prévu par l'article L. 122- 8 du code de la propriété intellectuelle.

L'objectif du droit de suite est de permettre la rémunération des auteurs d'œuvres graphiques et plastiques dont la valeur économique se trouve principalement dans un (ou quelques) exemplaires physiques originaux. Cela signifie que les droits de reproduction et de représentation, qui sont au cœur du système de droit d'auteur, ne sont pas adaptés pour capter cette valeur – ils ne portent en effet que sur l'œuvre de l'esprit immatérielle. En revanche le droit de suite, qui s'applique à chaque vente successive d'un exemplaire original permet de le faire en rémunérant l'auteur en fonction du prix de vente de l'exemplaire physique de l'œuvre.

La réponse à cette question est nuancée et dépend notamment du matériau de l'œuvre : il en va différemment lorsque l'œuvre est composée d'éléments et produits du corps (1) ou lorsqu'elle est liée au corps entier d'une personne (2).

1. La circulation possible des éléments et produits du corps

Il peut être envisageable d'organiser une circulation de l'œuvre dès lors que celle-ci utilise des éléments ou produits du corps qui ne sont plus rattaché à la personne. Comme nous l'avons vu[1230], le code civil n'interdit pas la circulation des éléments ou produits du corps en tant que tel mais s'oppose uniquement à ce que leur soit attribuée une valeur patrimoniale[1231]. Un contrat de vente sur un élément du corps conclu à titre onéreux serait nul, ce qui interdit la vente des œuvres qui utilisent des éléments ou produits du corps[1232]. Ainsi, dans un arrêt de 1972, la Cour de cassation déclare nul un contrat par lequel une jeune femme avait accepté de vendre un morceau de sa peau tatouée[1233]. Cette décision a été prise au motif que la convention contrevenait aux bonnes mœurs, mais pourrait aujourd'hui être fondée sur l'article 16-5 du code civil et le principe d'extrapatrimonialité du corps et de ses éléments et produits.

Cependant, une exception existe pour certains produits du corps humains qui sont considérés comme peu personnels (cheveux, ongles, poils et dents)[1234] et qui peuvent donc être vendus – ce qui autorise par exemple la vente des installations faites en cheveux d'Annette Messager. Il nous paraît qu'en plus de ces exceptions spécifiquement mentionnées dans le code de la santé publique, d'autres produits du corps, également peu personnels, sont susceptibles de faire l'objet de contrats à titre onéreux. Il est possible par exemple de penser à la pratique historique du contrat de nourrice, qui organisait la circulation à titre onéreux du lait maternel[1235], et était

[1230] V. *supra* p. 365.

[1231] Article 16-5 du code civil.

[1232] Toutefois, la circulation à titre gratuit, même si elle présente peu d'intérêt pour les artistes ou leurs galeries, peut être possible puisque, comme noté plus haut, l'extrapatrimonialité n'interdit pas toute circulation des éléments et produits du corps.

[1233] V. Cass. civ. 1ère, 23 fév. 1972, n° 70-12.490 sur la nullité d'un contrat par lequel une jeune actrice cédait à une société de production de cinéma un morceau de sa peau tatouée.

[1234] Article R. 1211-49 du code de la santé publique.

[1235] Bien que des auteurs y voient juridiquement un contrat de prestation de service plutôt qu'un contrat de vente sur le lait. V. notamment J.-P. Baud, *op. cit.,* p. 213. La différence nous apparaît quelque peu artificielle dans la mesure où le service consisterait alors à allaiter, c'est-à-dire à fournir du lait maternel.

pourtant licite[1236]. Dans le domaine de l'art contemporain, l'artiste Piero Manzoni a créée dans les années 1960 une série d'œuvres interrogeant, par l'absurde l'apport corporel de l'artiste dans une œuvre d'art. Il produit en particulier *Merde d'artiste,* en 1961, œuvre pour laquelle il remplit des boîtes de conserve de ses excréments. Or, ces œuvres sont bien entrées sur le marché de l'art et s'échangent à titre onéreux.

Au-delà du caractère plus ou moins personnel du produit corporel, un critère efficace semble être celui de l'atteinte à l'intégrité physique. Les produits qui peuvent être vendus sont ceux qui se reconstituent sans dommage pour la santé – c'est pourquoi il est possible de vendre ses cheveux mais pas sa peau.

2. La circulation limitée du corps

Il convient d'abord de rappeler qu'il ne peut y avoir de circulation en tant que tel du corps entier. Tout contrat translatif de propriété par lequel une personne voudrait vendre son corps, même constitué en œuvre d'art, serait évidemment tout à fait impossible parce qu'il entraînerait l'extinction de sa personnalité juridique et, finalement, sa mise en esclavage.

Il pourrait cependant y avoir une pseudo-circulation de l'œuvre organisée par un contrat non translatif de propriété, en particulier par un contrat de travail. Ainsi, l'œuvre *Tim* de Wim Delvoye, constituée d'un tatouage apposé sur le dos d'un modèle, a été « vendue » à un collectionneur. La « vente » du support physique, en l'occurrence le modèle dont le dos est tatoué, a en fait été formalisée par un contrat de travail. Évidemment il ne s'agit pas véritablement de la vente d'une œuvre. Les effets du contrat de travail sont limités : Tim n'est ni disponible en permanence pour le collectionneur – il n'exercerait ses fonctions d'« œuvre d'art » que quelques jours par mois – ni tenu par ce contrat de façon indéterminée[1237]. Toutefois, ce contrat permet effectivement une certaine mise à disposition du corps, ce qui permet aussi, bien qu'imparfaitement, la circulation physique de l'œuvre.

[1236] A. Decocq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Librairie Pichon et Durand-Auzias, 1960, p. 31 et s.

V. aussi, dans une perspective plus philosophique, F. Terré, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Flammarion, Paris, 1987, p. 180 et s.

[1237] Un contrat de travail reste en effet toujours révocable.

*

Le corps s'affirme parce qu'il fait obstacle à la possibilité d'une propriété matérielle (et ainsi d'une exploitation normale) du support davantage que parce qu'il ferait obstacle à l'exercice des droits d'auteur. Cependant, dans les deux cas, le sort du corps est d'abord orienté par le statut particulier qui s'y attache, davantage que par les nécessités de sa mise en exploitation : en définitive, le corps prévaut sur son exploitation. Il ne s'agit pas de conclure que la dimension corporelle de l'œuvre d'art corporel empêche systématiquement toute exploitation de cette l'œuvre, mais seulement de constater que ces exploitations ne dépendent ni de l'auteur ni d'un éventuel « propriétaire » du support, mais de la volonté de la personne dont le corps supporte l'œuvre (qu'il s'agisse de l'auteur lui-même ou d'un modèle).

Si la personne maîtrise son corps, cela ne se traduit pas forcément techniquement, nous l'avons vu, par un droit de propriété. Toutefois, le corps saisi comme œuvre d'art et comme œuvre de l'esprit amène à se poser la question de la possibilité d'une auto-appropriation, au moins symbolique, de soi – et d'une construction de soi par son corps.

CHAPITRE 2. L'INCARNATION DE L'ŒUVRE INFLUANT SUR LA FIGURE DE L'ARTISTE

Dans la seconde partie de la présente étude, nous nous sommes jusqu'ici penchés presque exclusivement sur l'objet, c'est-à-dire ici l'œuvre d'art ou l'œuvre de l'esprit qui se trouve être également un corps. Nous avons ainsi porté notre attention sur la façon dont le droit, le droit d'auteur notamment mais aussi le droit des biens, appréhendait cet objet hybride qu'est l'œuvre corporelle. Le choix de ce point de départ, celui de l'objet, est logique dans la mesure où nos réflexions portent sur la propriété, et se réfèrent plus spécifiquement aux manières de posséder, de faire circuler ou d'exploiter, l'œuvre d'art corporel. Cet objet particulier et difficile à définir, à la fois œuvre et corps, méritait effectivement que nous nous attardions sur son statut et sur les règles de droits qui l'encadrent.

Dans ce dernier chapitre, nous nous proposons de nous pencher sur le second terme de la relation qui lie l'œuvre et son créateur. Cette relation, lorsque l'artiste d'art corporel utilise son propre corps dans la création, est une relation de telle proximité qu'elle peut conduire à une confusion entre l'auteur et l'œuvre. En effet, il n'est pas forcément simple de distinguer la personne de la chose ou le sujet de l'objet, en particulier lorsque, par les pratiques d'art corporel, ce sujet se présente comme un objet qui est aussi une œuvre d'art. L'auteur, son corps et l'œuvre, bien que renvoyant à trois notions différentes, sont alors superposés.

Il s'agit donc ici de s'interroger sur les conséquences de cette proximité inhabituelle entre l'artiste et sa création. D'une part, nous examinerons ce que l'art corporel, en brouillant la limite entre l'auteur et l'œuvre et en introduisant le corps dans l'œuvre, cause à la figure de l'auteur (section 1). D'autre part, nous montrerons que l'art corporel, en révélant l'importance du corps dans la construction de la personnalité, est susceptible de déstabiliser, plus largement, la notion de sujet (section 2).

SECTION 1. La reconstruction de l'auteur de l'œuvre corporelle

Le sociologue Henri-Pierre Jeudy, dans son ouvrage *Le corps comme objet d'art*[1238], évoque les « rituels de métamorphose » qui produisent une « transfiguration du corps humain » par l'œuvre d'art[1239]. Par ce processus, les objets d'art peuvent devenir personnes[1240] et c'est ce mélange qui se produit aussi – mais peut être dans le sens inverse, de la personne à l'œuvre d'art – dans l'art corporel.

La personne devient l'œuvre d'art ; on peut penser que cette configuration particulière vient saper les fondements du droit d'auteur, qui repose sur les notions d'auteur et d'œuvre. Nous nous demanderons ainsi si la notion d'auteur est déstabilisée du fait que le propriétaire (l'auteur) et l'objet du droit de propriété (l'œuvre) sont confondus dans l'œuvre d'art corporel (§1).

D'autre part, les écrits sur l'art contemporain s'attachent souvent au fait que ce dernier privilégie les créations impersonnelles et fait disparaître l'auteur – déstabilisant ainsi le droit d'auteur. Nous examinerons donc comment ce discours qui théorise la « mort de l'auteur » s'articule avec l'expérience particulière de l'art corporel qui révèle la capacité créatrice du corps et de la présence de l'artiste (§2).

Paragraphe 1. La proximité de l'artiste et de son œuvre

Le droit d'auteur rend l'auteur propriétaire de l'œuvre qu'il a créée. Il repose donc sur deux notions fondamentales et distinctes, les notions d'auteur et d'œuvre. Or, lorsque l'artiste utilise son propre corps dans une œuvre d'art corporel, celle-ci amalgame l'auteur (ou du moins son corps) et l'œuvre. Nous pouvons donc nous demander si l'art corporel déstabilise le droit d'auteur du fait que l'artiste et son œuvre se superposent.

Certes, de même que l'œuvre de l'esprit ne se confond pas avec la toile et la peinture d'un tableau, elle ne correspond pas tout à fait au corps de l'artiste – puisque l'objet du droit d'auteur

[1238] H.-P. Jeudy, *Le corps comme objet d'art*, Armand Colin, 1998.

[1239] *Ibid.,* p. 115 et s.

[1240] V. aussi N. Heinich « Les objets-personnes. Fétiches, reliques et œuvres d'art » *in* B. Edelman et N. Heinich, *L'art en conflit*, La découverte, 2002, p. 102-134.

n’est pas le corps mais l’œuvre immatérielle qui est incarnée par ce corps. Toutefois, l’œuvre et l’auteur sont indéniablement plus proches dans une œuvre d’art corporel que lorsque l’œuvre a pour support un objet tout à fait extérieur à la personne de l’auteur.

Il s’agit donc d’examiner si l’art corporel, qui brouille la distinction entre chose et personne, menace les fondements du droit d’auteur en introduisant une confusion entre le propriétaire et sa propriété (A) et si ce même droit se trouve déstabilisé du fait que l’œuvre est un corps – et est donc irrémédiablement lié à la personne « abritée » dans ce corps (B).

A. Le corps et l’œuvre entre choses et personnes

L’art corporel adopte une démarche consistant à interroger les distinctions entre public et artiste, entre sujet faisant face à l’œuvre et objet de l’œuvre (1). Cette interrogation entre en résonnance avec la vision personnaliste du droit d’auteur en France, qui ne se borne pas à voir dans l’œuvre d’art un simple objet, mais met en exergue sa proximité avec l’artiste (2).

1. Le corps de l’artiste saisi par l’art corporel

L’art corporel, comme l’art contemporain en son ensemble, peut chercher à remettre en question des divisions qui peuvent sembler évidentes, voire fondamentales. Ce travail de déstabilisation des catégories préétablies est même au cœur de la démarche de certains artistes. Ainsi, les artistes du mouvement Fluxus tentent de rapprocher l’art et la vie[1241] ; la plupart des œuvres de performance essaient, en encourageant la participation, d’abolir la distinction entre le public et l’artiste[1242] ; sont également remis en question la séparation entre le temps de création et le temps d’exposition[1243] ou entre les différentes catégories artistiques (arts du spectacle et arts plastiques en particulier)[1244]. Dans ce vaste champ de réflexion, une interrogation semble

[1241] En particulier en rejetant la notion de représentation.

[1242] Par exemple, dans le mouvement Fluxus les *happenings* n’avaient que des participants. Plus récemment, dans les années 1990, s’est développée l’esthétique relationnelle qui voit l’art comme une activité commune de l’artiste et du public.

[1243] V. C. Millet, *L’art contemporain - Histoire et géographie*, Flammarion, 2006, p. 62.

[1244] R. Goldberg, *La Performance : Du futurisme à nos jours,* Thames & Hudson, 2012, p. 195.

toutefois être partagée par toutes les œuvres qui utilisent le corps humain et leur est également plus spécifique : celle qui porte sur les catégories de sujet et d'objet, de personne et de chose ou encore, lorsque l'artiste utilise son propre corps, les catégories d'artiste et d'œuvre. Si les réflexions portées par les œuvres d'art corporel sont très variées, elles touchent à des thèmes qui semblent tous pouvoir être rattachés à cette question plus large de la distinction entre chose et personne, que ce soit par le biais d'un questionnement sur la réification ou la marchandisation du corps humain, sur son exhibition ou sa « mise en spectacle », sur l'apport corporel de l'artiste dans son art, sur le transhumanisme et l'obsolescence de la chair, etc.

Les œuvres d'art qui utilisent des éléments ou produits du corps en tant que matériaux s'en servent comme des objets. Cependant, parce que ces éléments ou produits sont détachés de la personne, ces œuvres ne prennent pas forcément position sur la question de la distinction entre sujet et objet qui sous-tend l'art corporel. Ainsi, les œuvres qui abordent directement cette ambiguïté sont celles qui utilisent le corps (entier) d'une personne. Le questionnement sur le statut du corps est par exemple rendu très explicite dans certaines œuvres pour lesquelles l'artiste utilise les corps de modèles en les traitant comme des objets. Ces œuvres entendent dénoncer une certaine marchandisation du corps humain, par exemple dans le monde du travail pour les réalisations de Santiago Sierra ou sur le marché de l'art pour *Tim* de Wim Delvoye. Elles mettent ainsi bien en valeur certaines interrogations relatives au statut du corps et à l'autonomie de la personne, qui intéressent tout autant les artistes que les philosophes ou les juristes ; cependant, la portée critique de telles œuvres nous semble vouée à rester limitée en ce que celles-ci se trouvent forcément complices du travail de réification du corps humain supposément dénoncé[1245].

D'autres artistes ont pu aborder des questions similaires de manière plus symbolique. A cet égard, un dispositif très ingénieux fut mis en place l'artiste français Michel Journiac pour la performance *Piège pour un voyeur*, présentée à la galerie Martin Malburet à Paris en 1969. Cette œuvre consistait en une cage dont les barreaux étaient faits de tubes de néons fluorescents dans laquelle l'artiste enferma un jeune homme nu. Les spectateurs qui s'approchaient pour

[1245] En ce sens, J.-M. Lachaud et C. Lahuerta. « De la dimension critique du corps en actes dans l'art contemporain » *in Actuel Marx*, vol. 41, n° 1, 2007, p. 84-98.

Ces artistes prétendent dénoncer la réification du corps humain qu'ils opèrent tout en exploitant effectivement le corps de leurs modèles et en tirent des revenus substantiels. Il ne s'agit donc pas simplement d'une mise en scène, d'un spectacle destiné à choquer mais d'une pratique qui est profitable à ces artistes qui peuvent dépendre financièrement de ce système d'exploitation. C'est en cela que la dénonciation ne nous paraît pas pouvoir être efficace.

observer le modèle avaient leurs visages éclairés par la lumière des néons. Ils pouvaient alors être vus à leur tour par le modèle en cage. Ce dernier était ainsi donné à voir comme un objet de curiosité, mais l'installation pensée par l'artiste rappelait au « voyeur » que le modèle passif était également une personne dotée d'une capacité d'agir – et de regarder[1246].

Le thème de la distinction entre personne et objet d'art informe également des œuvres dans lesquelles l'artiste met en scène son propre corps. L'art corporel, en particulier la performance, a été un outil utilisé par des artistes issus de groupes marginalisés et peu présents dans l'histoire de l'art occidentale. Ainsi, les œuvres d'art corporel ont pu être l'occasion de montrer comme sujets – de plus, comme sujets-artistes et capables de créer – des corps traditionnellement objets de représentation[1247]. C'est pourquoi l'art corporel a été, surtout dans les années 1960 et 1970, un mode d'expression particulièrement investi par les femmes artistes. De nombreuses performances, notamment, voient leurs créatrices montrer un corps spécifiquement féminin, en insistant aussi bien sur leur vulnérabilité que sur leur autonomie et leur capacité à produire des œuvres d'art. Un exemple illustrant parfaitement cette démarche qui peut paraître paradoxale serait la performance de l'artiste autrichienne Valie Export, intitulée *Aktionshose : Genitalpanik* et datant de 1969[1248]. Dans cette performance radicale, dont l'authenticité est aujourd'hui fortement remise en cause[1249], l'artiste se serait rendue dans un cinéma pornographique de Munich vêtue d'un pantalon déchiré exposant son sexe et munie d'une

[1246] A rapprocher du travail de l'artiste brésilienne Nazareth Pacheco tel qu'analysé par A. Monachesi Ribeiro, « Le corps et le féminin dans l'art contemporain » *in Recherches en psychanalyse*, vol. 9, n° 1, 2010, p. 113-131, ou encore de la performance l'Orlan, *Etude documentaire : la tête de Méduse,* réalisée autour de 1970 et décrite par C. Lahuerta, « Le sang menstruel dans l'art contemporain » *in* D. Chateau et C. Leman (dir.), *Représentation et modernité,* Publications de la Sorbonne, 2003, p. 178.

[1247] En particulier le corps féminin, v. L. Nead. *The Female, Nude: Art, Obscenity and Sexuality*, Routledge, 1992.

[1248] D'autres exemples sont présentés dans l'article de R. Mader et N. Schweizer, « "Your Body is a Battleground" De quelques objets de l'histoire de l'art » *in Nouvelles Questions Féministes*, vol. 24, n° 1, 2005, p. 67-82.

[1249] V. en particulier : K. Stiles, « Corpora Vilia: Valie Export's Body » *in Valie Export's Visual Syntagmatics*. Goldie Paley Gallery, 2000, p. 16–33 ; M. Wildrich, « Can Photographs Make It So? Several Outbreaks of Valie Export's Genital Panic » *in* H. van Gelder et H.Weestgeest (éd.), *Photography between Poetics and Politics,* Leuven University Press, 2008, p. 53-67 ; H. Robinson, « Actionmyth, historypanic: the entry of VALIE EXPORT's aktionhose: genitalpanik into art history » *in n. paradoxa: international feminist art journal*, vol. 32, 2013, p. 84-89.

L'artiste n'aurait jamais effectué la performance telle qu'elle a ensuite été décrite (en particulier à partir d'un entretien avec l'artiste : Valie Export, « Valie Export, interviewed by Ruth Askey in Vienna, 18 sep 1979 » *in High Perfomance*, vol. 4, n°1, 1981, p. 80). Elle aurait en fait présenté son travail dans un cinéma d'art, à un public averti, puis aurait pris des photographies vêtue du pantalon supposément utilisé pour l'action et munie d'une mitraillette. Ce sont ces clichés qui, devenus célèbres dans l'histoire de la performance, auraient contribué à ériger un mythe autour de cette performance qui n'a en fait jamais eu lieu.

Nous citons tout de même l'action ici telle qu'elle a été majoritairement relatée parce qu'elle illustre de façon très claire le type de démarche. Finalement peu d'importance ici si l'action a été véritablement réalisée, puisqu'elle a été racontée par l'artiste et que c'est davantage le discours explicatif autour de l'œuvre qui nous préoccupe pour cette partie de notre développement.

mitraillette. Cette action, affirmant le refus de l'objectivisation du corps féminin représenté par le film pornographique projeté, aurait mis en danger son auteure en la plaçant dans la position d'être un objet de désir. Cependant, tout en se mettant à la merci des spectateurs présents dans le cinéma, Valie Export affirme paradoxalement sa puissance – et sa capacité d'agir et, si nécessaire, de se défendre – symbolisée par le port d'une mitraillette.

D'autres artistes ont pu utiliser l'art corporel pour dénoncer le processus de racisation dont leurs corps peuvent faire l'objet[1250]. La performance *The Couple in a Cage: Two Amerindians Visit the West* présentée en 1992 et 1993 dans plusieurs pays occidentaux[1251] constitue un exemple intéressant de ce type de ce type de démarches. Pour cette œuvre, deux artistes américains d'origine hispanique, Guillermo Gómez-Peña et Coco Fusco, étaient présentés comme issus d'une tribu amérindienne venant d'être découverte. Ils effectuaient, enfermés dans une cage, des activités de la vie quotidienne et d'autres prétendument traditionnelles (danses rituelles ou couture de poupées vaudou par exemple) observés par le public, dans une mise en scène qui rappelait à dessein les zoos humains de l'époque coloniale. Les spectateurs étaient placés dans une position très inconfortable puisqu'ils ne disposaient d'aucune information sur la réalité de la situation qui leur était présentée. D'ailleurs, les artistes affirment que leur mise en scène a été prise au sérieux par une partie bien plus substantielle du public qu'ils ne l'avaient prévu, ainsi que par des journalistes et même parfois par l'administration des structures accueillant l'œuvre[1252]. Présentés comme exotiques et ignorants, passifs et assujettis au regard des spectateurs, les « aborigènes » étaient en fait les artistes eux-mêmes, qui avaient créé la performance et en contrôlaient le déroulement – les prétendus anthropologues qui fournissaient des explications au public étaient des étudiants en art complices – et observaient, depuis la cage, les réactions qu'ils suscitaient. Finalement, ce dispositif faisait des membres du public et de leur comportement face à la performance le véritable thème de l'œuvre[1253].

[1250] Racisation est un terme utilisé en sociologie pour désigner le processus de différenciation dont peuvent faire l'objet certaines personne en raison d'une certaine perception de leur race. V. C. Guillaumin, *L'idéologie raciste. Genèse et langage actuel,* Mouton, 1972.

[1251] A l'université de Californie, dans l'espace public à Madrid et à Londres, dans des muséums d'histoire naturelle aux Etats-Unis et en Australie à l'exposition d'art contemporain *Whitney Biennial* à New York.

[1252] Ces éléments sont rapportés dans l'article écrit par l'un des artistes : C. Fusco, « The Other History of Intercultural Performance » *in The Drama Review*, Vol. 38, n° 1, 1994, p. 143-167. Ainsi, les artistes auraient été contactés par l'administration de l'Université de Californie, où la performance fut présentée pour la première fois, par crainte que l'exposition de deux « aborigènes » ne pose des problèmes sanitaires.

[1253] V. D. Taylor, « A Savage Performance: Guillermo Gómez-Peña and Coco Fusco's "Couple in the Cage" » *in The Drama Review,* vol. 42, n° 2, 1998, p. 160-175, et B. Kirshenblatt-Gimblett, « The Ethnographic Burlesque » *in The Drama Review*, vol. 42, n° 2, 1998, p. 175-180.

Enfin, l'art corporel qui s'inspire du transhumanisme brouille les limites de l'humain et de la machine et fait advenir des hypothèses qui semblent relever de la science-fiction. Certains artistes, partant du constant de l'obsolescence du corps humain cherchent par exemple à augmenter leur corps en l'hybridant avec des composants mécaniques. Par exemple, l'artiste australien Sterlac crée une performance intitulée *Muscle Machine* en 2003, pour laquelle son corps est inséré dans une machine robotique à six pattes qui lui sert d'exosquelette. Avec cette œuvre, l'artiste devient un hybride entre humain et un objet.

Ce déplacement des catégories de sujet et d'objet est caractéristique, voire constitutif, du genre de l'art corporel. Ainsi, les historiennes de l'art Rachel Mader et Nicole Schweizer remarquent qu'en utilisant un médium corporel, l'art contemporain et en particulier l'art de performance « introdui[t] ainsi une faille significative dans la dichotomie sujet-objet (de la production et du regard, induisant dès lors également un nouveau rapport entre la spectatrice et l'"objet") »[1254].

2. La figure de l'artiste saisie par le droit d'auteur

Le droit d'auteur, conçu comme un droit de propriété, semble nécessiter un rapport d'altérité entre l'auteur et son œuvre. Les droits patrimoniaux, au moins, paraissent répondre à un schéma clair : l'auteur, en tant que personne, est propriétaire de son œuvre, une chose qui lui est distincte. Ainsi, il serait possible de penser que l'art corporel, lorsque l'artiste utilise son propre corps, déstabilise le droit d'auteur en ce qu'il repose sur un certain degré de confusion entre l'auteur et son œuvre. Cette confusion peut être incomplète, comme dans le cas des performances qui n'ont qu'une durée temporelle limitée mais, même alors, l'œuvre et l'auteur sont indissociables puisque l'œuvre ne peut exister sans son auteur – sans la présence de son corps. Or, cette situation ne pourrait pas être correctement appréhendée par le droit d'auteur parce qu'il serait alors impossible de penser l'artiste comme étant à la fois l'auteur, titulaire du droit de propriété, et l'œuvre, objet du droit de propriété. Comme l'écrit Bernard Edelman, « tant que l'auteur apparaissait comme le propriétaire de son œuvre, il ne pouvait lui être

[1254] R. Mader et N. Schweizer, « "Your Body is a Battlegroud". De quelques objets de l'histoire de l'art » *in Nouvelles questions féministes*, vol. 24, n° 1, 2005, p. 73. La remarque est formulée, en l'occurrence, à propos des productions des artistes femmes mais peut s'appliquer également aux autres œuvres d'art qui introduisent un rapport direct au corps (et plus spécifiquement au corps de l'artiste).

assimilé. Le droit de propriété suppose en effet un rapport d'extranéité entre celui qui possède et l'objet possédé : le propriétaire d'un immeuble ne se confond pas avec son immeuble ! »[1255]

Cependant, ce schéma qui assimilerait le droit d'auteur uniquement à un droit de propriété habituel ne peut en rendre compte que sous un aspect simpliste qui ne prendrait pas en compte certaines de ses particularités. Ainsi, certains auteurs préfèrent ne pas assimiler le droit d'auteur à un droit de propriété et utiliser d'autres termes, comme celui de « monopole »[1256], pour le qualifier. D'autres, qui voient une propriété dans le droit d'auteur, précisent qu'il s'agit d'une propriété spéciale : « une forme très particulière de propriété »[1257] ou un « droit de propriété spécifique »[1258]. En effet, le droit d'auteur diffère de la simple propriété matérielle : par exemple, il porte sur un objet immatériel et il a une durée limitée (pour les droits patrimoniaux). Cependant, comme le montrent bien Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, du fait de la malléabilité du concept même de propriété, aucune de ces spécificités ne semble devoir être un obstacle absolu à la qualification de propriété[1259] – quand bien même il faudrait alors reconnaître une propriété qui suit un régime particulier. Les droits moraux posent, en revanche, plus de difficultés en ce qu'ils empêchent en effet le droit d'auteur de pouvoir être uniquement considéré comme un droit de propriété.

Ces droits moraux, spécifiques au droit d'auteur, sont extrapatrimoniaux et inaliénables ce qui les éloigne significativement du schéma de la propriété. D'ailleurs, ils sont souvent rattachés aux droits de la personne ou de la personnalité et non au droit de propriété[1260]. En effet, ils sont personnels à l'auteur puisqu'ils matérialisent un lien indéfectible qui lie ce dernier à l'œuvre qu'il a créée. Comme l'exprime Desbois, illustrant parfaitement ce rapport particulier de l'auteur à son œuvre, « l'œuvre incarnant l'identité du sujet n'est, en quelque sorte, que le sujet lui-même, et la notion de droit moral traduit l'homologie entre l'auteur et son œuvre »[1261].

1255 B. Edelman, *La propriété littéraire et artistique*, PUF, 2008 p. 37.

1256 Par exemple P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 11ème éd., PUF, 2019, n° 17.

Pour un contexte historique et théorique sur la question de la qualification du droit d'auteur comme monopole, v. en particulier P.-E. Moyse, « La nature du droit d'auteur: droit de propriété ou monopole? » *in McGill Law Journal*, vol. 43, n° 1, 1998, p. 507-563.

1257 F. Polleau Dulian, Le droit d'auteur, 2ème éd., Economica, 2014, n° 58.

1258 M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 32.

1259 H. Desbois, *op. cit.,* n° 32

1260 V. not. sur le sujet A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité : étude de droit comparé français et allemand*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002 (qui conclut à une indépendance des deux notions).

1261 H. Desbois, « Le droit moral » *in RIDA,* n° 19, 1958, p. 124.

Le droit d'auteur ne correspond donc pas tout à fait au schéma qui ferait de l'œuvre un simple objet de propriété. L'existence d'un droit moral conçu comme un lien indestructible entre l'auteur et l'œuvre montre bien que cette dernière n'est pas considérée comme vraiment extérieure à la personne de son créateur. Ainsi, l'assimilation de l'auteur et de son œuvre, caractéristique de certaines œuvres de l'art corporel, s'inscrit parfaitement dans la lignée d'une certaine tradition personnaliste du droit d'auteur.

En effet, le modèle des droits moraux prend une place importante dans la conception du droit d'auteur français, à tel point que deux théories du droit d'auteur peuvent s'affronter pour expliquer les rapports entre droits moraux et droits patrimoniaux : d'un côté une vision unitaire ou moniste de la matière[1262] et de l'autre une conception dualiste. Les théories monistes personnalistes[1263] font de l'œuvre, y compris lors de son exploitation commerciale, une extension de la personne de l'auteur. En conséquence, elles peuvent concevoir le droit d'auteur davantage comme un droit de la personne que comme un droit de propriété[1264]. De même, si l'œuvre n'est pas séparable de l'auteur, il en résulte logiquement qu'elle est inaliénable. Selon l'expression de Bernard Edelman, pour les tenants de la conception moniste, « l'auteur ne pouvait *stricto sensu* être présumé avoir "vendu" son œuvre, puisqu'il aurait "vendu", derechef, son "âme" »[1265]. Il ne pourrait donc jamais y avoir de cession d'un droit d'auteur et l'exploitation de l'œuvre serait possible uniquement par le biais de contrats de concession (ou de licence)[1266]. A l'inverse, la conception dualiste voit dans le droit d'auteur deux éléments distincts : les droits patrimoniaux qui font l'objet d'un droit de propriété et qui peuvent être

---

V. aussi B. Edelman, *op. cit,*. p. 40 : « Si l'œuvre est un « bien immatériel », et si, mieux encore, elle est analysée comme une production de la personne, il en résulte logiquement que c'est une personne qui s'incarne dans une œuvre et logiquement encore que cette œuvre doit être protégée sur le même mode que la personne qui lui a donné naissance.

En d'autres termes, l'œuvre incarnant l'identité du sujet n'est donc, en quelque sorte, que le sujet lui-même.

Il n'est donc point étonnant que le rapport auteur/œuvre ait été qualifié de droit moral. L'adjectif "moral" signifie ici qu'il existe une homologie entre l'auteur et son œuvre, que le lien qui les unit est de nature "intellectuelle", en ce sens que l'homme est son œuvre.

Tel est le "secret" du droit moral : l'indivisibilité de l'auteur et de l'œuvre. »

[1262] V. notamment, décrivant ce courant, F. Pollaud Dulian, *op. cit.,* n° 54 ; M. Vivant et J.-M. Bruiguière, *op. cit.*, n° 30, P.-Y. Gautier, *op. cit.,* n° 19.

[1263] Il existerait aussi un « monisme propriétariste », qui est l'expression employée par N. Bictin, « Le droit moral en France » *in Les Cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 25, n° 1, 2013, p. 308, qui qualifie ainsi la position de Pouillet.

[1264] P. Olagnier, *Le droit d'auteur*, LGDJ 1934, p. 27, évoque « l'hérésie juridique que constitue la notion de propriété appliquée au droit d'auteur ».

[1265] B. Edelman*, op. cit.,* p. 44.

[1266] V. S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur,* Litec, 2009.

exploités, et les droits moraux, qui ne relèvent pas de cette logique propriétariste. C'est la théorie qui domine largement la doctrine aujourd'hui[1267].

Cependant, une influence forte du personnalisme subsiste dans la doctrine française du droit d'auteur. Celle-ci se manifeste évidemment par l'importance donnée au droit moral, mais aussi à travers des questions plus précises, par exemple celle de la qualification des œuvres non divulguées. Le droit d'auteur naissant de la création même de l'œuvre, une œuvre peut exister sans avoir jamais été montrée au public[1268] – comme le prouve d'ailleurs l'existence d'un droit moral de divulgation[1269]. Or, et du fait peut-être du caractère très personnel de la divulgation[1270], une question subsiste quant au statut des œuvres créées mais pas encore divulguées. Certains auteurs soutiennent l'idée, notamment exprimée par Desbois[1271], selon laquelle l'œuvre non divulguée se confond avec l'auteur lui-même[1272]. Puisque l'œuvre n'a pas pris de vie indépendante en étant publiée ou montrée au public, elle n'a jamais été détachée de son créateur et constitue la continuité de sa personnalité. De ce fait, elle ne pourrait pas être la propriété de l'auteur mais serait plutôt l'extension de sa personne même. Cette conception de l'œuvre non divulguée est discutée[1273]. Cependant, elle nous paraît révéler l'ambiguïté qui existe encore aujourd'hui au sein du droit d'auteur.

Cette ambiguïté serait ainsi mise en lumière quand le droit d'auteur est confronté à certains objets qui offrent un exemple extrême de proximité entre l'auteur et l'œuvre. C'est le cas des œuvres non divulguées, qui relèvent particulièrement de l'intimité de l'auteur, mais aussi des œuvres d'art corporel, qui sont irrémédiablement liées à sa présence physique. Ainsi, l'art corporel peut illustrer le caractère hybride de l'œuvre de l'esprit du droit d'auteur, à la fois objet de propriété normale et émanation de la personne elle-même.

[1267] Par exemple, M. Vivant et J.-M. Bruiguière, *op. cit.,* n° 31, A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4ème éd., LexisNexis, 2012, n° 33, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n°17, F. Pollaud-Dulian, *op. cit.,* n° 47.

[1268] V. M. Cornu, « L'œuvre, l'auteur et la signature » *in Hypothèses,* vol. 9, n° 1, 2006, p. 385-390, sur le fait que la naissance juridique de l'œuvre de correspond pas à sa naissance artistique.

[1269] Article L. 121-2 du CPI.

[1270] V. par exemple la célèbre affaire Camoin (CA Paris, 6 mars 1931, *DP* 1931, 2, p. 88).

[1271] H. Desbois, *op. cit.,* n° 387.

[1272] V aussi P. Gaudrat, *JCl. Propriété littéraire et artistique,* Fasc. 1211, 2001, n° 19, qui considère que les œuvres non-divulguées sont indisponibles, de façon momentanée.

[1273] Par exemple, A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.,* n° 521.

B. La proximité conceptuelle de l'œuvre et du corps

De nombreuses comparaisons entre le corps humain et l'œuvre de l'esprit se rencontrent, même très brièvement évoquées, dans la réflexion d'auteurs qui ont l'un ou l'autre pour objet d'étude. L'œuvre et le corps ont aussi été rassemblés dans des études qui portent sur les difficultés d'appréhender certains objets particuliers par le droit de propriété, du fait de leur proximité à la personne (1). En approfondissant la question, apparaît aussi une caractéristique commune qui peut, dans une certaine mesure, expliquer le traitement juridique particulier qu'ils semblent appeler : le rapport à une forme de transcendance qui leur est, à tous deux, associée. L'œuvre d'art comme le corps humain seraient des objets spéciaux, des objets, en quelque sorte, pourvus d'une âme (2).

1. Un lien commun à la personne

De nombreux auteurs font la constatation que certains objets déstabilisent le schéma classique du droit de propriété compris comme un droit destiné à saisir des « objets matériels extérieurs à la personne de leur propriétaire »[1274]. Parmi ces objets particuliers, difficiles à appréhender par le droit de propriété, sont en général cités les œuvres de l'esprit ainsi que le corps humain ou ses éléments et produits[1275]. En effet, l'œuvre de l'esprit et le corps humain, y compris ses éléments et produits, partagent un statut ambigu : dans un cas comme dans l'autre, il est possible de constater, dans la littérature, une certaine réticence à les considérer comme des choses appropriables[1276]. Nous pouvons donc nous interroger sur les caractéristiques communes qui permettraient d'expliquer cette similarité.

Or, si nous nous référons à notre postulat initial, emprunté à Sarah Vanuxem, qui fait de la propriété le droit qui connaît des « objets matériels extérieurs à la personne de leur propriétaire »[1277], il serait possible de penser que l'œuvre de l'esprit est difficile à appréhender

[1274] S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieux » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 64, n° 1, 2010, p. 123-182.

[1275] Par exemple, S. Vanuxem, dans l'article précité, évoque, pour illustrer son propos, les informations les images, œuvres de l'esprit, les éléments et produits du corps humain et les attributs de la personnalité.

[1276] Cette remarque est certes davantage valable pour le corps que pour l'œuvre. V. *supra* p. 356 et s.

[1277] S. Vanuxem, *op. cit.*, p. 128.

du fait de son caractère immatériel, tandis que le corps pose problème au droit de propriété par son caractère fortement personnel. D'ailleurs, l'auteure elle-même déclare que « les informations, images ou œuvres de l'esprit ne sauraient se réduire à leur éventuel support matériel ; les éléments et produits du corps humain, les attributs de la personnalité ne sont pas immédiatement, si tant est qu'ils le soient, extérieurs à la personne dont ils proviennent »[1278]. Ainsi, l'œuvre et le corps – ou du moins ses éléments et produits – pourraient être réunis comme étant tous deux symptomatiques d'une incapacité des théories traditionnelles de la propriété à rendre compte de certains objets qui sont pourtant souvent considérés comme des objets de propriété[1279], mais ils seraient déstabilisants en raison de caractéristiques différentes – immatérialité d'un côté et proximité à la personne de l'autre.

Cependant, il nous semble que, plus que l'absence de matérialité, c'est bien le caractère de proximité à la personne qui s'oppose à la pleine reconnaissance de l'œuvre de l'esprit comme objet de propriété. En effet, l'immatérialité de l'œuvre ne nous paraît pas constituer l'obstacle le plus sérieux à son appréhension par le droit de propriété – quand bien même ce dernier serait pris dans son acception la plus classique, au sens de l'article 544 du code civil. La question de la possibilité d'approprier des choses immatérielles s'est bien sûr posée dans la littérature juridique, mais des arguments permettant de défendre cette possibilité sont aussi rapidement apparus. Ainsi, dès le XIXe siècle, des auteurs s'attachent à défendre le caractère de propriété du droit d'auteur et, pour ce faire, démontrent que la propriété ne se limite pas aux choses corporelles en prenant en exemple les actions en justice ou les rentes viagères qui, bien qu'immatérielles, sont des biens directement mentionnés dans le code civil[1280].

1278 S. Vanuxem, *op. cit.*

1279 L'auteure part de ce constat pour appeler une théorie renouvelée de la propriété. En l'occurrence, elle propose de se détacher de la vision d'un droit de propriété qui porte directement sur des « choses-objets, moyens, matières informées, supports ou substrats » pour concevoir plutôt les choses comme des milieux définis par leur destination. Donc l'objet du droit de propriété glisserait de la substance (matérielle) de la chose à certaines des utilités qui y sont attachées.

1280 L. Pfister, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle » *in RIDA*, n° 205, 2005, p. 117.

V. aussi B. Edleman, *op. cit.*, p. 39 et s. : « Cette nouvelle catégorie [la catégorie de biens intellectuels créée par Picard] permettait de donner un statut juridique à des réalités qui, jusqu'alors, avaient été constatées, sans qu'on ait songé à les réunir sous un seul signe. Ainsi la doctrine du xixe siècle avait bien observé qu'il existait des droits qui portaient sur des « biens », tels que l'honneur ou le corps humain, mais se révélait incapable d'expliquer ce « mystère » juridique : comment des droits pouvaient-ils ne pas avoir d'objet ?

Mais si l'on disait qu'il existait des « biens immatériels » – l'image, la vie privée... – qui présentaient la caractéristique d'être des productions de la personne, alors on quittait l'enfer de l'objet du droit de propriété et on pouvait affirmer que l'œuvre était un « bien » sans pour autant être une « chose ».

Il nous semble donc que si l'œuvre de l'esprit peut effectivement déstabiliser le droit de propriété, c'est par son caractère profondément personnel. Certes, ce caractère personnel apparaît de façon plus évidente pour le corps, ses éléments ou produits que pour l'œuvre. Le corps est en effet largement considéré comme étant la personne elle-même, ou du moins son *substratum*[1281]. De même, les éléments et produits du corps sont indéniablement propres à la personne dont ils proviennent et il est possible de considérer qu'ils conservent un lien avec cette personne et n'en sont, ainsi, jamais totalement indépendants. Or, des formules presque identiques sont utilisées pour décrire le rapport de l'auteur à son l'œuvre. Selon une vision personnaliste du droit d'auteur, l'œuvre et l'auteur partagent un lien indéfectible – lien matérialisé en particulier par la composante morale du droit d'auteur. Comme l'exprime Michel Vivant, « récusant l'idée qu'il s'agirait d'une propriété suivant le sens commun, certains commentateurs vont affirmer que l'œuvre "c'est l'auteur lui-même" »[1282]. L'œuvre de l'esprit est alors conçue comme une parcelle de la personne qui, bien qu'elle ait été physiquement détachée de cette dernière pour s'incarner dans un support, ne peut jamais lui être totalement extérieure – ce qui est également la manière dont sont appréhendés les éléments ou produits du corps humain.

Il conviendrait de préciser que cette conception de l'œuvre de l'esprit constitue principalement, selon nous, un discours justificatif du droit d'auteur – plus qu'il ne décrirait une quelconque essence de l'œuvre. Bien entendu, ce discours emporte des conséquences bien réelles sur le régime du droit d'auteur[1283], mais les pratiques s'en détachent aussi largement – ne serait-ce que parce que le droit d'auteur est utilisé bien plus largement que pour protéger les seuls beaux-arts[1284]. Ainsi, ce sont les discours déployés, aussi bien autour de l'œuvre que du corps, qui présentent des similitudes et nous souhaitons nous attacher à ce constat sans prétendre comparer – ni même définir – une éventuelle « nature » de l'œuvre ou du corps. Il n'en reste pas moins que ce discours qui ne correspond pas à la conception classique de la propriété, peut en déstabiliser les mécanismes.

[1281] J. Carbonnier, *Droit civil*, Thémis, 2004, p. 381.

[1282] M. Vivant, « Le droit moral sous un regard français » *in Les Cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 25, n° 1, 2013, p. 372.

[1283] Il justifie principalement l'importance des droits moraux.

[1284] V. par exemple M. Vivant, « Les métamorphoses de l'œuvre – Des Mythologies aux mythes informatiques » *in D.*, 2010, p. 776 ou A. Bensamoun, « La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : "qui trop embrasse mal étreint" » *in D.*, 2010, p. 2919.

Ainsi, ce que l'œuvre et le corps humain ont de commun, ce serait finalement de remettre en cause la *summa divisio* établie entre choses et personnes. Cette *summa divisio* est essentielle à la mise en œuvre du droit de propriété qui suppose que seule une personne peut être propriétaire d'une chose – chose qui lui est extérieure. Or, la limite entre personnes et choses est rendue poreuse par la proximité à la personne qui caractérise les éléments et produits du corps voire le corps lui-même, mais aussi l'œuvre de l'esprit. Le corps et l'œuvre ne sont pas, par ailleurs, les seuls objets qui sont difficilement appréhensibles par le droit de propriété du fait de leur lien étroit avec la personne. C'est aussi le cas notamment des attributs de la personne ou de la personnalité tels que l'honneur, la vie privée, l'image, la voix, etc. La personne possède des droits sur ces attributs qui lui sont propres mais, précisément en raison de leur caractère fortement personnel, la plupart des auteurs considèrent ces droits comme des droits de la personnalité, distincts du droit de propriété[1285]. La tendance à avoir recours à la notion de droits de la personnalité pour appréhender les objets qui ne semblent pas pouvoir relever de la propriété – du fait de leur proximité, voire de leur non-extériorité, à la personne – peut d'ailleurs aussi être observée aussi bien pour le corps[1286] que pour l'œuvre de l'esprit[1287].

Cette similitude entre le corps et ses éléments et produits, l'œuvre de l'esprit, l'image, la voix, etc. a été constatée par plusieurs auteurs. Ainsi certains se sont attachés à les rassembler du fait de cette caractéristique partagée de proximité à la personne. Ainsi, Christine Chatillon consacre une étude aux « choses empreintes de subjectivité »[1288] dans laquelle elle évoque le corps humain, ses éléments et produits, le nom, l'image, la voix, la force de travail et les œuvres de l'esprit qui sont rassemblés sur le critère de la « subjectivité », donc du lien qui rapproche ces choses de la personnalité.

Ces choses particulières partagent-elles un régime juridique commun ? Un régime intermédiaire (entre chose et personne) qui est souvent proposé est celui de choses hors commerce. Ainsi, dans son travail consacré aux choses hors commerce[1289], Isabelle Moine inclut dans cette catégorie, en plus du corps humain de ses éléments et produits, des « choses incorporelles

[1285] Mais l'existence même d'une différence entre les deux peut être contestée, v. F. Zenati-Castaing et T. Revet, Les biens, 3ème éd., PUF, 2008, n° 8c.

[1286] V. *supra* p. 356 et s.

[1287] Notamment pour les droit moraux, v. *supra* p. 383.

[1288] C. Chatillon, *Les choses empreintes de subjectivité,* Paris 1, 2008.

[1289] I. Moine, *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997. Il faut toutefois noter que l'auteure s'appuie significativement sur l'ancien article 1128 du code civil aujourd'hui abrogé, pour établir l'existence même de cette catégorie particulière de choses.

attachées à la personnalité » : image et vie privée, droit à l'intégrité, mais aussi informations et données et droit moral de l'auteur. L'auteure entend définir un régime général pour ces choses qui constituent une « sous-catégorie limitrophe »[1290] entre chose et personne et qui servent « à protéger la personne humaine juridique »[1291]. Puisqu'elles sont intrinsèquement liées à une personne particulière, les choses hors commerces doivent rester sous le contrôle de cette personne et ne peuvent, selon l'auteure, ni être l'objet d'une obligation ni être saisies par le droit de propriété[1292].

Il nous semble pourtant que ce régime commun relève davantage du souhait que du constat. D'ailleurs d'autres auteurs rassemblent corps et œuvre au sein d'un régime *ad hoc* proposé[1293]. Par exemple, Grégoire Loiseau évoque un certain nombre d'objets auxquels il souhaiterait voir appliquer un nouveau « droit des choses » qui se différencierait du droit des biens[1294]. Ce « droit des choses » concernerait les choses communes (dont font partie les œuvres de l'esprit après l'expiration du monopole légal), les choses méta-humaines comme les embryons ou les cadavres, les choses que l'auteur nomme « anthropomères », qui sont les éléments et produits du corps humain, et les animaux. Ces objets sont choisis, non pas parce qu'ils partageraient des caractéristiques communes, mais parce qu'il semble souhaitable à l'auteur de les protéger de la logique marchande du droit des biens en leur appliquant un régime juridique spécial – dont les particularités sont peu définies. Il s'agirait de choses qui méritent d'être « des objets de respect »[1295], mais cette justification est finalement assez peu développée.

On peut constater que certains objets se retrouvent d'une catégorie à l'autre (« choses empreintes de subjectivité », « choses hors commerce » ou « objets de respect ») – même si le contenu de ces catégories n'est pas strictement identique. Ces objets sont effectivement particuliers, notamment pour le corps et l'œuvre de l'esprit du fait de leur proximité à la personne. Cependant, les placer dans une catégorie *ad hoc*, mal définie et attachée à un régime

---

[1290] *Ibid.,* p. 403.

[1291] *Ibid.*, p. 223.

[1292] Dans la mesure où cette personne ne dispose pas de l'*abusus.*

[1293] De façon amusante, certains auteurs s'inspirent du droit d'auteur, et en particulier du droit moral, pour proposer un régime protecteur pour le corps. Par exemple J.-C. Galloux, « L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination ? » in D. 1999, p. 13, dans lequel l'auteur propose que la personne ait une sorte de droit moral (droit de destination) sur les éléments et produits détachés de son corps. C. Chatillon (*op. cit.*) propose elle aussi un « droit moral » de retrait pour protéger les choses « empreintes de personnalité ».

[1294] G. Loiseau, « Pour un droit des choses » *in D.*, 2006, p. 3015.

[1295] *Ibid.* Selon l'auteur, « si l'on a pris l'habitude de voir les choses comme des objets de désir, il est peut-être temps d'en regarder certaines comme des objets de respect ».

juridique peu déterminé, ne paraît pas être une démarche aussi riche que de s'en servir pour interroger plus profondément nos conceptions du droit de propriété et en particulier de la *summa divisio* entre choses et personnes[1296]. Cette catégorisation stricte est justement remise en cause par les œuvres d'art corporel, qui sont à la fois œuvre, corps et personne. Elles se présentent comme des objets d'art tout en étant incarnées par des sujets de droit et sont, à ce titre, doublement déstabilisatrices. Elles sont plus proches encore de la personne, que les œuvres classiques puisqu'elles sont attachées au corps. Sont-elles pour autant plus difficiles à approprier ? C'est du moins l'idée des artistes d'avant-garde des années 1960 qui ont produit des œuvres qui ne pourraient être assimilées par le marché de l'art (ou par le droit) parce qu'elles ne pourraient se réduire à un objet commercialisable[1297].

2. Un lien commun à la transcendance

Des analogies plus symboliques existent entre le corps et l'œuvre d'art. Il s'agit ici de relever, de façon plus générale, les similitudes dans les discours qui comparent le corps et l'œuvre d'art au sens commun (davantage que l'œuvre de l'esprit au sens juridique). Ces rapprochements révèlent de profondes affinités que nous nous attacherons ici à constater, les expliquer ne relevant pas de cette étude : l'un et l'autre renvoient à une conception dualiste commune séparant matériel (corps, objet) et immatériel (âme, concept) (α) et l'un et l'autre entretiennent un rapport étroit au sacré (β).

α. Les conceptions dualistes du corps et de l'œuvre

La distinction entre le corps et l'âme est reprise dans de nombreux écrits sur l'art pour évoquer cette part évanescente de l'œuvre d'art qui ne pourrait s'expliquer par ses seuls caractéristiques concrètes et qui pourrait être qualifiée d'« aura »[1298]. Cette conception dualiste se retrouve depuis Hegel qui considère que l'œuvre d'art permet à l'esprit de se manifester sous une forme sensible[1299] jusqu'à Sartre qui, à propos du portrait de Charles VII, estime que le tableau, chose réelle, sert d'analogon à l'objet imagé[1300], voire à Barthes qui applique à l'art, dans un article

[1296] C'est d'ailleurs la proposition de S. Vanuxem, *op. cit.*

[1297] Cette entreprise ayant connu un succès mitigé puisque sue œuvres ont pu, par différents procédés, être détachées du corps pour pouvoir être exploitées commercialement. V. *supra* p. 306 et s.

[1298] Le terme est utilisé par W. Benjamin, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*, Allia, 2011.

[1299] Hegel, *Introduction à l'esthétique,* Flammarion, 1979, p. 34 et s.

[1300] Sartre, *L'imaginaire*, Folio, 1986, p. 351.

sur le Pop Art, la distinction entre signifiant et signifié[1301]. Une telle dualité pourrait remonter, selon Philippe Mouron[1302], au deuxième concile de Nicée, lequel, en se prononçant sur l'appréhension des icônes, aurait introduit une distinction entre, d'une part, le support matériel de l'œuvre, qui relève du monde temporel, d'autre part, son inspiration divine, c'est à dire l'œuvre immatérielle.

L'analogie avec le corps et l'âme est également utilisé pour évoquer l'œuvre de l'esprit en droit d'auteur, et en particulier pour distinguer les aspects matériel et immatériel de l'œuvre – distinction de l'œuvre et du support ou de l'œuvre et de la forme[1303]. Cette perspective spiritualiste constitue, comme le note Bernard Edelman, une vision personnaliste du droit d'auteur qui selon lui « a repris, en la laïcisant, la distinction du corps et de l'âme » – déjà retenue par Sénèque, pour qui « la matière est à l'artiste ce que le corps est à l'âme »[1304].

Elle permet de considérer l'œuvre comme l'expression de la personnalité de l'auteur, et ce indépendamment de sa concrétisation dans une forme matérielle. « Le droit du sujet est "spirituel", hors matière, même s'il a besoin de matière pour être », estime ainsi Bernard Edelman[1305]. Les œuvres d'art romantique et moderne, en ce qu'elles visent à l'expression d'une intériorité de l'auteur, s'inscrivent dans cette conception dualiste – davantage d'ailleurs que celles d'art contemporain.

β. Le rapport au sacré du corps et de l'œuvre

Une autre explication des similitudes constatées dans l'appréhension du corps et de l'œuvre, sans doute plus théorique, renvoie au caractère « sacré » qui leur est à l'un et l'autre assigné. Ce caractère « sacré » n'est pas ici à retenir comme strict synonyme de « religieux », mais renvoie à une transcendance incarnée dans l'objet (ici, le corps, l'œuvre), qui « devient autre chose, sans cesser d'être lui-même »[1306], puisque ces deux entités échappent en effet à la compréhension immédiate.

Le rapport au sacré de l'œuvre, indissociable dans l'art religieux de la conception dualiste

[1301] R. Barthes, « Cette vielle chose, l'art… » *in L'obvie et l'*obtus, Seuil, 1992, p. 181.

[1302] P. Mouron, *Le droit d'exposition des œuvres graphiques et plastiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, n°240-44.

[1303] P.-Y. Gautier considère ainsi que « la forme est à l'œuvre ce que le corps est à la personne » (*op. cit.,* n° 24).

[1304] B. Edelman, « L'"image" d'une œuvre de l'esprit tombée dans le domaine public » *in D.* 2001, p. 770.

[1305] *Ibid.*

[1306] M. Eliade, *Le Sacré et le Profane*, 1957, Gallimard, 2001, p. 17-18.

mentionnée plus haut – l’œuvre étant perçue comme le « reflet » d’un « monde céleste »[1307] – est relevé par la sociologie. Natalie Heinich parle ainsi de deux grands régimes de l’objet à propos d’un autoportrait de Matisse, à la fois chose et œuvre d’art, relique et fétiche[1308], tandis que Bernard Lahire, qui assimile œuvres d’art et reliques, évoque le tableau comme un « objet-double »[1309], objet matériel et sacré.

Le rapport au sacré du corps est davantage source de controverses. Alors que certains auteurs considèrent le corps comme sacré, d’autres estiment que cette sacralité semble ne se révéler qu’à la mort de la personne – ce qui peut paraître contre-intuitif. S’opposant à l’affirmation de Carbonnier selon laquelle « de ce qu'il est la personne elle-même » le corps « a en quelque manière, un caractère sacré »[1310], Jean-Pierre Baud soutient en effet que c’est une fois devenu cadavre que le corps accède à la sacralité[1311] – fidèle en cela à l’étymologie du mot « sacré », le latin *sacer* désignant à la fois ce qui suscite l’horreur et ce qui doit être vénéré. De même, selon Xavier Labbée, « la dépouille mortelle est une chose sacrée »[1312].

Enfin, ce rapport commun au sacré du corps et de l'œuvre se manifeste aussi, en négatif, par la « désacralisation » à laquelle ils feraient face l’un et l’autre. La « désacralisation » de l’œuvre d'art est une antienne des artistes contemporains et de leurs commentateurs[1313]. Quant à celle du corps, Bernard Edelman la constate, par exemple à travers l'arrêt de la cour d’appel de Paris dans l’affaire « Our bodies », depuis lequel, selon lui « le cadavre […] est rentré dans les rangs ; il n'a plus rien de “sacré” ni d'“inviolable” ; il est devenu une valeur commerciale comme une autre »[1314].

Plusieurs artistes de l’art corporel font explicitement référence au sacré, voire au religieux, à travers leurs œuvres : il en est ainsi de « Sainte Orlan » se mettant en scène dans des performances successives réalisées entre 1974 et 1984 à partir de l’ensemble *Le Drapé - le Baroque*, puis interrogeant la sacralité de son propre corps à travers ses opérations de chirurgie

---

[1307] P. Mouron, « L’icône et l’œuvre de l’esprit » *in Annuaire Droit et religions*, vol. 7 t. I, 2013-2014, p. 56

[1308] N. Heinich « Les objets-personnes. Fétiches, reliques et œuvres d’art » *in* B. Edelman et N. Heinich, *L’art en conflit*, La découverte, 2002, p. 102.

[1309] B. Lahire, *Ceci n’est pas qu’un tableau*, Edition La découverte, 2015, p. 260.

[1310] J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, 2000, p. 20.

[1311] J.-P. Baud, *L’affaire de la main volée,* Seuil, 1993.

[1312] X. Labbée, La dépouille mortelle est une chose sacrée. D., 1997, p. 376. V. aussi X. Labbée, « La valeur de la dépouille mortelle chose sacrée » *in Etudes sur la mort*, vol. 129, n° 1, 2006, p. 69-77.

[1313] B. Edelman, « Morts à crédit » *in D.,* 2009, p. 2019.

[1314] Par exemple : M. Massin, « L’art désacralisé » *in La vie des idées*, 11 novembre 2013.

esthétique, en visant dans un cas comme dans l'autre à « libérer le corps des contraintes l'entourant »[1315]. C'est aussi le cas de Michel Journiac dont de nombreuses performances font référence à la liturgie catholique. Dans la plus célèbre, *Messe pour un corps* datant de 1969, l'artiste invitait les spectateurs à communier par des hosties en boudin préparées avec son propre sang[1316].

Il serait pourtant trop rapide de constater, dans l'art corporel, un mouvement de désacralisation du corps[1317]. Le rapport au sacré de l'art corporel semble habité de deux mouvements simultanés de sacralisation et de désacralisation. En ce qu'il produit une œuvre, porteuse d'un sens – émancipateur chez Orlan, sacrificiel chez Journiac – l'artiste y est « sacralisateur » de son propre corps, objet qui « devient autre chose, sans cesser d'être lui-même » pour reprendre la formule d'Eliade[1318]. Pour autant, l'enjeu y est aussi de « profaner ce qui est sacré », et le but de l'artiste « d'afficher le sacré – son propre corps – mais en le profanant »[1319]. C'est la transmutation du corps en œuvre d'art qui semble rendre possible, simultanément, la dimension sacrilège de l'atteinte qui y est portée – modifications corporelles, blessures, mais aussi tatouages ou même simples contacts physiques.

Nous l'avons vu, les fondements du droit d'auteur français ne se trouvent pas remis en cause par la superposition entre l'auteur et l'œuvre qui est opérée par de nombreuses œuvres de l'art corporel. En effet, le droit d'auteur, dans sa tradition personnaliste, organise déjà cette confusion entre l'auteur et l'œuvre qui se trouve, d'ailleurs, au fondement de son régime et justifie l'existence et l'importance des droits moraux.

Le fait que l'art corporel soit incarné dans un corps n'est pas non plus de nature à déstabiliser profondément le droit d'auteur. Le corps et l'œuvre sont deux objets hybrides qui, tous deux, se trouvent à la frontière entre chose et personne. L'œuvre d'art corporel, en associant l'œuvre au corps crée certes un objet dont le lien à la personne est extrêmement fort – à tel point qu'il

---

1315 V. Verneuil, « Les relations des sujets body art avec leur propre corps » *in Le Journal des psychologues*, n° 263, 2008, p. 59.

1316 Sur le rapport complexe et réfléchi de Michel Journiac (qui était un ancien séminariste) à la religion catholique, v. J. Donguy, « Michel Journiac et Jacques Donguy, Paris, mars 1985 » et « Michel Journiac et Sylviane Gouirand, Paris, février 1995 » *in L'art au corps, Musée de Marseille - Réunion des muses nationaux*, 1996, p. 190-205.

1317 A. Porcin, « Corps d'œuvre » *in Lex Electronica*, vol. 15 n° 2, 2010, évoque le « corps désacralisé » par ces pratiques artistiques (p. 9).

1318 M. Eliade, *op. cit.*

1319 ORLAN, *Monographie multimédia* [CD rom], Editions Jériko, 2000.

peut être assimilé à une personne[1320] –, mais ne vient pas contredire les prémisses du droit d'auteur qui conçoit déjà l'œuvre comme une chose particulièrement personnelle.

Paragraphe 2. La dissolution de l'auteur questionnée par l'art corporel

La remise en cause théorique et pratique de la figure de l'auteur, par la recherche académique comme par les artistes contemporains, constitue l'une des principales évolutions de notre approche de la création artistique (A).

Toutefois l'art corporel conduit à réinsuffler une pertinence à la notion d'auteur, dès lors que l'œuvre corporelle ne saurait faire abstraction de la présence physique de l'artiste (B).

A. Les critiques de l'« auctorialité »

Nous étudierons ici les manifestations, parallèles et datant toutes de la seconde partie du XXe siècle, de la critique poststructuraliste de l'auteur dans la théorie littéraire (1), l'art (2) et enfin le droit (3).

1. Les théories critiques de l'auteur

La seconde moitié du XXe siècle a vu apparaître des approches renouvelées de la création artistique. Celle-ci n'est plus considérée comme le fait d'un artiste isolé dont l'œuvre reflète le seul génie intérieur[1321]. Cette vision romantique, mais aussi moderne, de la création est

[1320] N. Heinich « Les objets-personnes. Fétiches, reliques et œuvres d'art » *in* B. Edelman et N. Heinich, *L'art en conflit*, La découverte, 2002, p. 102.
[1321] V. N. Heinch, *Du peintre à l'artiste. Artisans et académiciens à l'âge classique*, Minuit, 1993.

désormais remise en cause par des théories qui replacent l'artiste dans son environnement – et qui reconnaissent la création comme une activité fortement influencée par cet environnement.

Des approches sociologiques, en premier lieu celle avancée par Becker dans son fameux ouvrage sur *Les Mondes de l'art*[1322], mettent en lumière la création artistique comme une activité sociale à laquelle prennent part de nombreux acteurs. En plus de l'artiste lui-même, Becker souligne le rôle actif, dans la création d'une œuvre d'art, des assistants, des fournisseurs de matériaux, des prestataires techniques, des autres artistes, des galeristes, des commanditaires, etc. Tout ce « monde de l'art »[1323] participe à la création même de l'œuvre, et pas uniquement à sa diffusion ou à sa réception. L'artiste serait ainsi inscrit dans un réseau social dont les membres apportent une contribution indispensable à la production de l'œuvre finale[1324]. Cela va évidemment à l'encontre des représentations traditionnelles de l'artiste, comme le souligne Becker :

> « Les œuvres d'art ne représentent pas la production d'auteurs isolés, d'"artistes" qui possèdent un don exceptionnel. Elles constituent bien plutôt la production commune de toutes les personnes qui coopèrent suivant les conventions caractéristiques d'un monde de l'art afin de donner naissance à des œuvres de cette nature. »[1325]

A côté de ces recherches sociologiques empiriques, d'autres théories critiquent de façon plus abstraite la notion même d'auteur[1326]. Ces théories, qui s'intéressent à la figure de l'auteur

---

[1322] H. Becker, *Les mondes de l'art*, Flammarion, 1988. La démarche de cet ouvrage est d'étudier l'art comme un domaine social commun et la production artistique comme un travail comme un autre, sans faire partir l'analyse du statut social particulier de l'œuvre d'art ou de l'artiste. Cette démarche permet ainsi de dépasser les idées communes sur le rôle que pourrait avoir le « don », la « créativité » ou le « génie » d'un seul individu dans la création d'une œuvre d'art. Il en résulte en une étude qui met en valeur des contributions bien plus nombreuses et des « chaines de coopérations » bien plus complexes que celles du seul artiste et de ses collaborateurs immédiats. L'auteur déclare par exemple : « J'ai considéré l'art comme un travail, en m'intéressant plus aux formes de coopération mises en jeu par ceux qui réalisent les œuvres qu'aux œuvres elles-mêmes ou à leurs créateurs au sens traditionnel » (p. 21).

[1323] Selon la définition de l'auteur : « un monde de l'art se compose de toutes les personnes dont les activités sont nécessaires à la production des œuvres bien particulières que ce monde-là (et d'autres éventuellement) définit comme de l'art » (H. Becker, *op. cit.,* p. 58).

[1324] Ainsi, « l'artiste se trouve ainsi au centre d'un réseau de coopération dont tous les acteurs accomplissent un travail indispensable à l'aboutissement de l'œuvre » (H. Becker, *op. cit.,* p. 49).

[1325] *Ibid.,* p. 50

[1326] R. Barthes, « La mort de l'auteur » *in Le Bruissement de la langue. Essais critiques IV*, Seuil, 1984, p. 61-67. M. Foucault, « Qu'est-ce qu'un auteur » *in Œuvres tome II*, Gallimard, 2015, p. 1258-1280.

littéraire[1327], cherchent à replacer l'auteur dans un certain contexte, historique notamment[1328], et à montrer qu'il existe différentes manières de concevoir la création et la relation de l'auteur à son texte. Barthes remet en cause l'importance que prend l'auteur dans la réception d'un texte, et en particulier l'importance qui lui est accordée par la critique littéraire, afin de redonner une pleine liberté (notamment une pleine liberté d'interprétation) au lecteur[1329]. Il considère ainsi, selon la formule célèbre, que « la naissance du lecteur doit se payer de la mort de l'Auteur »[1330]. Foucault inscrit sa propre critique de l'auteur dans une critique plus large du sujet et de son autonomie. Son objectif serait ainsi « d'ôter au sujet (ou à son substitut) son rôle de fondement originaire, et de l'analyser comme une fonction variable et complexe du discours »[1331]. Ces théories inscrivent l'auteur dans un réseau d'idées et remettent en cause l'idée que quiconque puisse véritablement être un créateur doté d'une voix originale. L'identité de l'auteur perd alors de son intérêt et de sa pertinence pour les récepteurs de l'œuvre. La question peut, en conséquence, glisser de « qui parle » à « d'où parle-t-il », comme l'écrit Foucault :

> « On n'entendrait plus les questions si longtemps ressassées : "Qui a réellement parlé ? Est-ce bien lui et nul autre ? Avec quelle authenticité, ou quelle originalité ? Et qu'a-t-il exprimé du plus profond de lui-même dans son discours ?" Mais d'autres comme celles-ci : "Quels sont les modes d'existence de ce discours ? D'où a-t-il été tenu, comment peut-

---

[1327] C'est surtout pour le texte de Barthes Foucault élargit sa réflexion, au-delà de la stricte littérature, aux textes relevant des sciences, philosophies mais reste dans le domaine du discours. Il reconnaît cependant que cette perspective est restrictive et qu'une réflexion similaire pourrait s'appliquer pour d'autres types auteurs : « A coup sûr il aurait fallu parler de ce qu'est la fonction auteur dans la peinture, dans la musique, dans les techniques, etc. », (M. Foucault, *op. cit,* p. 1272).

[1328] R. Barthes, *op. cit.,* p. 61 : « L'auteur est un personnage moderne, produit sans doute par notre société dans la mesure ou, au sortir du Moyen Age, avec l'empirisme anglais, le rationalisme français, et la foi personnelle de la Réforme, elle a découvert le prestige de l'individu, ou, comme on dit plus noblement, de la "personne humaine" ».

Foucault, *op. cit.,* p. 1260 : « Cette notion d'auteur constitue le moment fort de l'individualisation dans l'histoire des connaissances, des littératures, dans l'histoires des philosophies aussi, et celle des sciences. », plus loin : « Comment l'auteur s'est individualisé dans une culture comme la nôtre , quel statut on lui a donné, à partir de quel moment, par exemple, on s'est mis à faire des recherches d'authenticité et d'attribution, dans quel système de valorisation l'auteur a été pris, à quel moment on a commencé à raconter la vie non plus des héros, mais des auteurs, comment s'est instaurée cette catégorie fondamentale de la critique "l'homme-et-l'œuvre" – tout cela mériterait à coup sûr d'être analysé. »

[1329] R. Barthes, *op. cit.,* p. 65 : « L'Auteur une fois éloigné, la prétention de « déchiffrer » un texte devient tout à fait inutile. Donner un Auteur à un texte c'est imposer à ce texte un cran d'arrêt, c'est le pourvoir d'un signifié dernier, c'est fermer l'écriture ».

[1330] *Ibid.,* p. 67

[1331] M. Foucault, *op. cit.,* p. 1279 : « Ne plus poser la question : comment la liberté d'un sujet peut-elle s'insérer dans l'épaisseur des choses et lui donner sens, comment peut-elle animer, de l'intérieur, les règles d'un langage et faire jour ainsi aux visées qui lui sont propres ? Mais poser plutôt ces questions : comment, selon quelles conditions et sous quelles formes quelque chose comme un sujet peut-il apparaître dans l'ordre des discours ? Quelle place peut-il occuper dans chaque type de discours, quelles fonctions exercer, et en obéissant à quelles règles ? »

> il circuler, et qui peut se l'approprier ? Quels sont les emplacements qui y sont ménagés pour des sujets possibles ? Qui peut remplir ces diverses fonctions de sujet ?” Et, derrière toutes ces questions, on n'entendrait guère que le bruit d'une indifférence : “Qu'importe qui parle.” »[1332]

Certes ces réflexions peuvent paraître spécifiques en ce qu'un certain nombre de conclusions ne peuvent certainement s'appliquer que pour l'auteur littéraire. D'autres pourtant permettent de questionner bien plus largement la notion d'auteur et l'acte créatif. Ainsi, les interrogations qui concernent la pertinence du mythe de l'artiste comme génie solitaire sont également reprises dans les pratiques créatives de l'art contemporain[1333].

2. Les pratiques artistiques contemporaines

Dans l'art contemporain, de nombreux artistes s'attachent à amener une réflexion sur le statut de créateur à travers leurs réalisations. Cette réflexion est mise en valeur de façon très explicite dans des œuvres dont l'intérêt théorique principal se trouve dans un certain contournement ou détournement du lien entre l'auteur (et son nom ou sa signature) et l'œuvre. Il peut ainsi s'agir de reprendre à son compte des œuvres faites par autrui comme dans le cas des tableaux-pièges de Spoerri[1334], ou des œuvres d'art préexistantes déjà diffusées, et parfois connues, sous le nom d'un autre artiste comme dans le courant de l'art appropriationiste. Dans une démarche inverse mais visant également à remettre en cause ce lien entre auteur et œuvre, des artistes ont pu attribuer leurs propres créations à quelqu'un d'autre. Ainsi, le photographe français Philippe

---

[1332] *Ibid.,* p. 1280.

[1333] V. sur l'influence de ces textes théoriques sur les pratiques artistiques contemporaines, N. Pugnet, *L'Effacement de l'artiste : essais sur l'art des années 1960 et 1970*, La Lettre volée, 2012 et M. Nachtergael, *Roland Barthes Contemporain*, Max Milo, 2015.

[1334] L'artiste suisse Daniel Spoerri commença à réaliser des « tableaux-pièges » dans les années 1960. Il s'agissait de collage d'objets de la vie quotidienne (souvent des restes de repas) sur un support vertical. Ce collage n'était pas forcément exécuté par Spoerri lui-même qui donnaient parfois des « licences » afin que d'autres personnes puissent eux-mêmes fabriquer des tableaux-pièges authentifiés et signés par Spoerri.

L'artiste est connu des juristes pour une affaire concernant l'un de ces tableaux-pièges, intitulé *Mon petit-déjeuner* (1972) et réalisé sous « licence » par un enfant de 11 ans. Après l'avoir acquis, l'acheteur de ce tableau souhaita obtenir la nullité pour erreur du contrat de vente. En effet, il disait penser avoir acheté un tableau de Daniel Spoerri alors que l'artiste n'avait pas réalisé l'œuvre lui-même. La Cour de cassation donna raison à l'acheteur par un arrêt du 15 novembre 2005 (civ. 1ère, n° 03-20.597), au motif que : « à moins qu'elle ne soit accompagnée d'une réserve expresse sur l'authenticité, l'indication qu'une œuvre ou un objet porte la signature ou l'estampille d'un artiste entraîne la garantie que l'artiste mentionné en est effectivement l'auteur et qu'il en va de même lorsque le nom de l'artiste est immédiatement suivi de la désignation ou du titre de l'œuvre ; qu'au sens de ce texte, l'auteur effectif s'entend de celui qui réalise ou exécute personnellement l'œuvre ou l'objet, condition substantielle de leur authenticité dans le cadre d'une vente publique aux enchères ».

Thomas, actif dans les années 1980, demandait aux acquéreurs de ses œuvres de les signer et d'en devenir ainsi, au moins symboliquement, les auteurs[1335]. Il est même possible, dans une certaine mesure, de créer un auteur fictif et de lui rattacher un certain nombre d'œuvres. Plusieurs projets artistiques récents font ainsi intervenir un avatar, une personnalité virtuelle faisant écran en général à un collectif d'artistes qui ne souhaitent pas être reconnus de façon individuelle. Par exemple, le collectif Claire Fontaine, fondé en 2004, signe ses œuvres de ce nom volontairement générique[1336]. Le projet Ludovic Chemarin© utilise, quant à lui, le nom d'un artiste qui a cessé ses activités artistiques en 2005. Celui-ci a accepté de « céder » son nom et son œuvre à deux artistes français, Damien Béguet et P. Nicolas Ledoux, afin que ces derniers puissent « prolonger » sa carrière en produisant de nouvelles œuvres exploitées sous son nom[1337].

Même lorsqu'ils ne proposent pas un jeu aussi explicite sur le nom de l'auteur, certains des courants les plus notables de l'art contemporain depuis les années 1960, revendiquent un effacement de l'artiste créateur – notamment du geste de l'artiste et, par là, de sa présence corporelle dans l'œuvre. Ainsi, l'art minimal cherche à faire des œuvres aux surfaces lisses, comme produites industriellement, ne présentant aucune trace du pinceau de l'artiste par exemple. Cette esthétique est liée à la démarche théorique de l'art minimal : les artistes se rattachant à ce courant souhaitent « déserter » l'œuvre, faire que cette dernière ne soit investie d'aucune émotion particulière et ne puisse pas être interprétée en fonction d'un message préétabli par son créateur. De même, l'art conceptuel peut parfois aussi favoriser une coupure entre le corps de l'artiste et l'œuvre puisqu'il privilégie la recherche intellectuelle de l'artiste

---

[1335] V. sur l'œuvre de cet artiste : *Retour d'y voir N° 5 - Retraits de l'artiste en Philippe Thomas*, Mamco, 2012. Notamment pour une analyse de son rapport au droit J. Ickowicz, « L'auteur: une fiction artistique et juridique. Une analyse de l'œuvre de Philippe Thomas sous l'angle du droit ».

[1336] V. le catalogue d'exposition *Claire Fontaine: foreigners everywhere*, Köln: Walther König, 2012.

[1337] V. *Ludovic Chemarin© : 1998-2005, 2011-2014*, Art Book Magazine Editions, 2015.

Cet exemple est particulièrement amusant pour les juristes car Damien Béguet et P. Nicolas Ledoux utilisent les outils du droit français pour donner à l'avatar une certaine légitimité (voire une certaine réalité, juridique du moins). Ils tiennent en effet particulièrement à ce que leur projet ait la traduction juridique la plus rigoureuse possible. Ludovic Chemarin a enregistré son nom en tant que marque auprès de l'INPI puis a vendu cette marque aux deux artistes. Il leur a également cédé par contrat les droits patrimoniaux d'auteur de toute sa production artistique antérieure ainsi que les droits patrimoniaux afférents à un dessin constitué de sa seule signature (afin qu'ils puissent reproduire ce dessin pour « signer » les œuvres nouvelles). V. sur les démarches juridiques entreprises, O. Moussa, « Contrats de cession 2011 & 2014 / Ludovic Chemarin© : Un projet juridique », *op. cit.*

Par ailleurs, les artistes documentent les actes juridiques (contrats de cession notamment) qu'ils peuvent exposer comme des œuvres de Ludovic Chemarin© et, plus largement, font de leur jeu avec les règles de droit une partie intégrante de leur démarche artistique. Ils déclarent par exemple : « Nous jouons sur des ambiguïtés et avec les limites du cadre juridique. C'est ce qui fait aussi l'intérêt de ce travail. » (D. Beguet et P. N. Ledoux. « Entretien à propos de Ludovic Chemarin© » *in Multitudes*, vol. 57, n° 3, 2014, p. 107).

sur la réalisation d'une œuvre finale. En faisant de l'idée pure son idéal, l'art conceptuel tend à favoriser un art désincarné qui ne porte pas la trace du geste d'un artiste. Évidemment, par cet aspect – le refus du corps de l'artiste – ces démarches se trouvent à l'opposé de l'art corporel, dont la place spécifique dans l'art contemporain sera abordée plus bas[1338].

De telles démarches présentent un caractère politique aussi bien que théorique. Retirer l'auteur, c'est aussi, dans une certaine mesure, faire obstacle aux institutions qui encadrent la circulation et la commercialisation des œuvres d'art – notamment, nous le verrons, le droit et particulièrement le droit d'auteur[1339]. Les artistes, en cherchant à se retirer de l'œuvre, cherchent aussi à empêcher une certaine fétichisation de l'œuvre d'art qui opérerait par le biais de l'exaltation de la personnalité du créateur. Ainsi, l'historienne de l'art britannique Mary Kelly analyse en ces termes les problèmes qu'une certaine dépersonnalisation de l'art, amorcée dans les années 1960, pose au marché de l'art :

> « Le geste est le terme que les tenant du modernisme ne peuvent pas se permettre (littéralement au sens financier) d'effacer. Dans les années 1960, quand l'"avant-garde" exclut le geste, renia l'expression, contesta la notion d'une essence créative, le spectateur fut appelé à subir une certaine perte : la présence (ou plutôt, l'absence rendue présente) de l'artiste sujet. Le marchand, lui-aussi, fut menacé d'un déficit : la marque d'authentification qui figure de façon si proéminente dans la structure particulière de désir et d'échange du marché de l'art. Ce n'est pas uniquement une œuvre d'art particulière qui est achetée (le titre), mais aussi le "quelque chose" d'un individu unique qui est possédé (le nom). Ce "quelque chose", l'investissement de l'objet par la subjectivité artistique, est assuré par le geste, ou de façon plus explicite, par une signature. »[1340]

Il peut être intéressant de constater, quelques décennies après l'essor de ces courants se caractérisant par des grandes ambitions théoriques, que ces tentatives visant à l'effacement de la figure de l'artiste connaissent un relatif échec. Certes, le rôle de ce dernier s'est transformé

[1338] V. *infra* p. 407.

[1339] V. *infra* p. suivante.

[1340] M. Kelly, « Re-viewing Modern Criticism » *in Screen*, vol. 22, n° 3, 1981, p. 44-45 (traduction libre de l'anglais).

avec l'art contemporain. Toutefois, un certain retrait de l'artiste, ou du moins de son intervention physique, dans la production artistique n'a pas empêché l'émergence d'artistes contemporains célèbres. Ainsi, on ne peut pas constater un affaiblissement du pouvoir du nom de l'auteur, en particulier sur le marché de l'art. Ce nom peut d'ailleurs prendre une telle importance que certains juristes évoquent une comparaison avec le droit des marques. Les œuvres de l'art contemporain ne porteraient ainsi plus la « marque de la personnalité de l'auteur » traditionnelle au droit d'auteur – en tout cas pas en tant que cette marque se manifeste par la trace du geste de l'artiste dans son œuvre – mais seraient en revanche rattachées à leur créateur par l'apposition du nom (ou de la signature) de ce dernier agissant pour le marché de l'art comme un signe distinctif, comme une marque commerciale[1341].

3. La réception juridique des critiques de l'auteur

Le constat est parfois fait que la notion juridique d'auteur telle qu'elle est définie en droit d'auteur n'est plus adaptée aux pratiques de l'art contemporain et ne reflète pas les développements théoriques remettant en cause la place exclusive de l'auteur dans la création[1342]. En effet, comme le notent plusieurs auteurs, le droit d'auteur continue à utiliser un imaginaire romantique pour envisager la création artistique et en particulier le rôle de l'auteur[1343].

Si le droit positif a peu changé, les interrogations théoriques sur l'auteur ont pu avoir une influence sur la doctrine en droit d'auteur. Cette influence est particulièrement perceptible dans

---

[1341] En ce sens, A. Strowel, « L'œuvre selon le droit d'auteur » *in Droit,* vol. 18, 1993, p. 82 ; B. Edelman « La création dans l'art contemporain » *in D.,* 2009, p. 38 et du même auteur, *Tous artistes en droit*, Hermann, 2012, p. 275.

V. aussi en droit américain, X. Tang, « The Artist as Brand: Toward a Trademark Conception of Moral Rights » *in The Yale Law Journal*, vol. 122, n° 1, 2012, p. 218-257.

Cette idée correspond aussi à différentes analyses de la valeur de l'art contemporain dans d'autres disciplines. En sociologie, C. Lury, « Contemplating 'a self-portrait as a pharmacist': a trade mark style of doing art and science » *in Theory, Culture & Society*, n° 22, 2005, p. 93-110. En économie, A. Zorloni,. « Structure of the Contemporary Art Market and the Profile of Italian Artists » *in International Journal of Arts Management*, vol. 8, n° 1, 2005, p. 61-71. En marketing, J Sjöholm et C. Pasquinelli, « Artist brand building: towards a spatial perspective» *in Arts Marketing: An International Journal*, vol. 4, n° 1/2, 2014, p. 10-24.

[1342] V. par exemple, J. Ickowicz, *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Les presses du réel, 2013 p. 391 et s.

[1343] *Ibid.* ainsi que L. Bently, « Copyright and the Death of the Author in Literature and Law » *in Modern Law Review*, vol. 57, n° 6, 1994, p. 977.

certains travaux anglo-saxons[1344]. Ces derniers partent du constat poststructuraliste, décrit plus haut, de la « mort de l'auteur » pour s'interroger sur les conséquences que cette évolution dans le domaine de la philosophie et de la littérature peut entraîner pour le droit d'auteur (ou plutôt, s'agissant d'écrits anglo-saxons, pour le *copyright*)[1345]. En effet, ils postulent souvent un système de droit d'auteur organisé historiquement autour de l'auteur en constatant que la notion d'auteur s'est construite simultanément en droit et dans la théorie littéraire romantique. Selon le professeur de littérature américain Mark Rose, les liens entre le droit d'auteur et de la littérature romantique dépassent même la seule influence réciproque, à tel point que, pour lui, c'est le fait d'être propriétaire qui constitue l'identité de l'auteur[1346]. Si ces réflexions s'appuient beaucoup sur l'histoire de la littérature, la conception romantique de l'auteur à laquelle il est fait référence dépasse ce seul domaine. Dans les beaux-arts, il pourrait faire écho au régime « vocationnel » de l'artiste étudié par Nathalie Heinich[1347]. Ainsi, ces considérations sur les liens historiques entre littérature et droit d'auteur ont une portée qui dépasse le seul domaine littéraire et peuvent éclairer la façon dont le droit conçoit la création dans tous les domaines artistiques.

La question qui se pose alors est celle du lien nécessaire entre remise en cause de l'auteur en littérature et en droit. Les théories littéraires de la disparition de l'auteur mettent-elles automatiquement en péril le système juridique du droit d'auteur ? Si le lien entre littérature romantique et droit d'auteur est indéfectible, comme semble le penser notamment Mark Rose, la remise en cause de l'auteur en littérature doit logiquement entraîner la déstabilisation de l'auteur en droit[1348]. Or, il s'avère que le caractère obligatoire de ce lien paraît très discutable.

[1344] Nous nous appuyons notamment sur : M. Woodmansee et P. Jaszi (ed.), *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature*, Duke University Press, 1994 ; D. Saunders, *Authorship and Copyright*, Routledge, 1992 ; B. Sherman et A. Strowel, *Of Authors and Origins*, Clarendon Press - Oxford, 1994.

[1345] Une approche différente est adoptée par G. Sapiro, « Droit et histoire de la littérature : la construction de la notion d'auteur » *in Revue d'histoire du XIX*e *siècle*, n° 48, 2014, p. 107-122. Plutôt que de constater une déstabilisation dans la seconde partie du XXe siècle, l'auteure souhaite relire, à l'aune des critiques récentes de l'auctorialité, les liens entre droit et littérature au XIXe siècle.

[1346] M. Rose, « The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship » *in Representations*, n° 23, 1988, p. 54 : « "Qu'est-ce qu'un auteur" demande Foucault. Je répondrais que la caractéristique distinctive de l'auteur moderne, c'est le fait qu'il soit propriétaire, qu'il soit conçu comme le créateur (*the originator*) et partant le propriétaire d'une forme particulière de commodité, l'"œuvre". Et une incarnation institutionnelle cruciale de la relation auteur-œuvre est le droit d'auteur (*copyright*) qui rend non seulement possible la rentabilité de la publication des livres, mais aussi, en la dotant d'une réalité juridique, produit et affirme l'identité même de l'auteur comme auteur. » (traduction libre de l'anglais)

[1347] V. N. Heinich, *L'élite artiste. Excellence et singularité en régime démocratique*, Gallimard, 2005.

[1348] L. Bently, *op. cit*, p. 974 : « Si les murs légaux qui établissent la propriété du texte sont construits sur les mêmes fondations intellectuelles que cette de l'auteur romantique, et si ces prémisses s'avèrent être construits sur du sable et non de la pierre (*to be sand rather than rock*), le droit d'auteur va tôt ou tard s'écrouler. » (traduction libre de l'anglais)

Par exemple, l'historien Roger Chartier fait remarquer que la notion d'auteur est d'abord apparue en droit pour que l'écrivain puisse être tenu responsable pénalement de ses écrits, et non pour qu'il puisse être propriétaire de ses œuvres[1349]. David Saunders rappelle quant à lui que le droit d'auteur est né au XVIIIe siècle pour protéger les intérêts des libraires (aujourd'hui les éditeurs) et non ceux des auteurs[1350]. Ainsi, comme le résume Lionel Bently, « l'émergence de l'auteur propriétaire à la fin du XVIIIe siècle pourrait représenter l'émergence d'une conception puissante, moderne et romantique de l'auteur, mais les études historiques ne parviennent pas à établir une causalité, un lien nécessaire ou déterminant entre le juridique et le littéraire »[1351]. Il est possible, en conséquence, de considérer, à l'instar de David Saunders[1352], que les théories poststructuralistes de l'auteur n'ont pas d'influence sur l'auteur au sens juridique, qui est une notion indépendante.

L'argument selon lequel il n'existe pas de lien nécessaire entre l'auteur dans la théorie littéraire et dans le droit – et que la remise en cause du premier n'implique pas automatiquement une déstabilisation du droit d'auteur – nous paraît tout à fait convaincant. En effet, il nous semble que, comme l'écrit par exemple David Saunders[1353], le droit crée ses propres définitions (de l'auteur notamment) qui n'ont pas à correspondre aux conceptions culturelles dominantes, même si elles peuvent évidemment en être influencées[1354]. De plus, le droit d'auteur, s'il a pu

---

[1349] R. Chartier, *Culture écrite et société*, Albin Michel, 1996, p.48 et s.

[1350] D. Saunder, « Dropping the Subject : An Argument for a Positive History of Autorship and the Law of Copyright » in B. Sherman et A. Strowel, *op. cit.,* p. 93-110, prévient contre une relecture de l'histoire, que ce soit sous l'angle d'une théorie romantique ou postmoderne de l'auteur, qui fait du copyright un instrument naturellement au service de l'auteur, voire un instrument qui aurait permis son émergence en tant que figure esthétique dominante.

V. aussi, pour l'histoire française, L. Pfister, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle » *in RIDA*, n° 205, 2005, p. 117.

[1351] Traduction libre de l'anglais.

[1352] V. en particulier D. Saunders, *Authorship and Copyright*, Routledge, 1992. L'auteur note d'ailleurs, à partir d'une analyse des travaux de Bernard Edelman, que le droit continental et en particulier français, du fait de l'importance qu'y prend le droit moral, constitue un cas limite pour son argument. On peut considérer en effet que l'auteur juridique détenteur d'un droit moral correspond à l'auteur au sens de l'esthétique. Mais l'auteur conclut que cette correspondance n'a pas de caractère nécessaire, même dans le droit d'auteur continental, mais qu'il s'agit d'un choix de politique publique (p. 194 et s).

[1353] Ainsi, selon, l'auteur, la figure esthétique de l'auteur n'a pas conduit à l'émergence du droit d'auteur. Les deux histoire (du droit et de la littérature) se sont seulement « superposées de façon importante, mais contingente » *(ibid.,* p. 212, traduction libre de l'anglais).

[1354] En l'occurrence, il n'est d'ailleurs vraiment pas certain que les critiques poststructuralistes de l'auteur, malgré leur importance, dans les études universitaires en littérature, puisse être qualifiées de culturellement dominantes.

émerger pour réguler l'écrit, n'est pas aujourd'hui un droit de la littérature, ni même un droit de l'art en général[1355].

Cependant, la question demeure presque entière. Si l'auteur juridique ne devient pas forcément obsolète avec la remise en cause théorique de l'« auctorialité », il convient tout de même de s'interroger sur l'opportunité de prendre en compte ces théories en droit. Serait-il souhaitable, autrement dit, d'introduire des changements dans le droit d'auteur pour s'adapter à de nouvelles conceptions de l'auteur ?

En effet, l'idée que le droit d'auteur – et en particulier, pour ce nous intéresse dans ce chapitre, la notion d'auteur – est devenu inadapté à une certaine réalité des pratiques de création artistique revient souvent dans les travaux universitaires[1356]. Pour pallier cette situation perçue comme un dysfonctionnement du système juridique, plusieurs pistes ont été évoquées. Il peut s'agir de propositions qui ne redéfinissent l'auteur que de façon marginale, par exemple d'aménager et de rendre plus simple la pluralité d'auteur afin de mieux appréhender la création collective[1357]. D'autre propositions s'avèrent plus ambitieuses et visent à transformer assez profondément la notion d'auteur. Le juriste israélien Lior Zemer souhaite que le public soit considéré comme coauteur des œuvres protégées afin d'assurer un équilibre des intérêts entre l'auteur et le public et de prendre en compte de la dimension sociale de la création[1358]. Selon lui, puisque l'auteur s'inspire nécessairement d'un contexte artistique et culturel pour sa création, il est juste que l'œuvre qui en résulte ne soit pas la propriété du seul auteur mais appartienne aussi, en partie, à la communauté[1359]. Tout aussi audacieuses et, selon nous, plus

---

[1355] Ses usages sont bien plus larges, v. par exemple M. Vivant, « Les métamorphoses de l'œuvre – Des Mythologies aux mythes informatiques » *in D.*, 2010, p. 776 ou A. Bensamoun, « La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : "qui trop embrasse mal étreint" » *in D.*, 2010, p. 2919.

[1356] Notamment dans beaucoup des contributions de M. Woodmansee et P. Jaszi (ed.), *op. cit.*

[1357] Par exemple, s'intéressant en particulier à la création littéraire, M Woodmansee, « On the Author Effect: Recovering Colllectivity » et P. Jaszi, « On the Author Effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity » in M. Woodmansee et P. Jaszi (ed.), *op. cit.* p. 15-56.

L. Bently, op. cit, p. 986, estime que ces conclusions sont décevante au vu des prémisses ambitieux du projet (repenser le *copyright* à partir des critiques poststructuralistes de l'auteur).

[1358] L. Zemer, *The Idea of Authorship in Copyright*, Ashgate, 2007.

[1359] *Ibid.* L'auteur expose assez peu à quoi ressemblerait concrètement un tel système et ne justifie pas de pourquoi il s'agirait de la meilleure façon d'atteindre un équilibre des intérêts. Ainsi nous pouvons nous demander pourquoi il choisit d'intervenir sur la définition de l'auteur et pas sur l'étendue de la protection, ce qui semblerait plus immédiat.

D'autre part, cette proposition rejoint des débats qui peuvent remonter à la création même du droit d'auteur. Au cours du XIXe siècle, les tenants d'un droit d'auteur comme contrat social faisaient aussi reposer leur argument anti-propriétariste sur l'idée qu'il existe un « fonds commun » de connaissances dans lequel l'auteur va piocher pour produire son œuvre et que, ce fonds commun n'étant pas appropriable, l'œuvre ne devrait pas l'être non plus. V. L. Pfister, *op. cit.*

intéressantes sont les réflexions de Lionel Bently qui avance la possibilité de définir l'auteur par son travail et non sa créativité, et de le récompenser non plus par un titre de propriété mais par un droit à rémunération[1360]. Cette proposition radicale nierait toute différence entre l'artiste et les autres personnes contribuant à la production d'une œuvre : tous les membres de la « chaîne de coopération » (au sens de Becker[1361]) ayant fourni un travail conduisant à l'œuvre d'art pourraient théoriquement recevoir une rémunération. A ce titre, il s'agit d'une bonne traduction, en termes juridiques, de la remise en cause théorique du mythe de l'artiste comme génie solitaire.

Malgré l'intérêt intellectuel que présentent certaines de ces propositions, elles ne répondent toujours pas à la question posée, qui est celle de la nécessité de réformer le droit d'auteur. S'il s'agit d'assurer un meilleur équilibre entre les intérêts du public et ceux de l'artiste[1362], il nous semble qu'il pourrait être plus pertinent d'intervenir au niveau de la portée de la protection, et par exemple d'élargir les exceptions au droit d'auteur, que de modifier la notion d'auteur – mais ces considérations dépassent le propos de cette étude.

En revanche, il paraît judicieux de réfléchir au statut et au régime de l'auteur pour permettre davantage de flexibilité et l'adapter à différents processus de création. Cette réflexion nous semble d'ailleurs devoir être justifiée non seulement par les créations littéraires ou artistique collectives – qui représentent une part marginale de la création – mais aussi, et peut être surtout, par de nouvelles possibilités offertes par les outils numériques qui encouragent la création collaborative ouverte, de l'encyclopédie participative au logiciel libre[1363].

Cependant nous pouvons constater, pour notre objet d'étude, qu'une inadaptation du concept juridique d'auteur n'apparaît pas de façon évidente en ce qui concerne l'art corporel. Ce mouvement artistique a effectivement une position ambiguë par rapport à l'auteur et ne peut

[1360] L. Bently, *op. cit.,* p.986.

La proposition cependant n'est pas complètement nouvelle et le ministre Jean Zay avait déjà proposé une réforme similaire du droit d'auteur en 1936, bien avant les théories poststructuralistes de l'auteur. L'homme politique souhaitait faire des auteurs des « travailleurs intellectuels » rémunérés pour leur labeur. V. J. Zay et J.-M. Bruguière, *Le droit d'auteur au temps du Front populaire*, Dalloz, 2015.

[1361] H. Becker, *Les mondes de l'art*, Flammarion, 1988, v. *supra* p. 397.

[1362] Comme L. Zemer, *op. cit.*

[1363] V. not. M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, Larcier, 2014.

La question du statut des œuvres plurales numériques n'est d'ailleurs pas nouvelle et précède même la généralisation de la création sur internet. V. P. Sirinelli (prés.), *Industrie culturelle et nouvelles techniques, Rapport au Ministère de la Culture*, La documentation française, 1994, p. 64 et s.

certainement pas être compris de façon univoque comme participant à la critique de l'auteur qui est au cœur d'autres pratiques de l'art contemporain.

B. La corporéité persistante de l'artiste

L'art corporel se distingue d'autres entreprises de l'art contemporain en ce qu'il n'efface pas l'auteur mais, au contraire, repose sur sa présence et, parfois, sur son aura (1). Toutefois, même alors, l'artiste incarné de l'art corporel ne correspond pas tout à fait à l'auteur abstrait du droit d'auteur (2).

1. L'art corporel, un art de la présence

Il est utile de faire une distinction entre les mouvements de l'art contemporain cités plus hauts[1364], qui entendent minimiser l'apport de l'artiste et l'art corporel. Ce dernier entretient en effet un rapport ambivalent avec la figure de l'artiste. Si les œuvres d'art corporelles – et nous nous appuyons surtout ici sur celles qui peuvent relever de la performance et dans lesquelles l'artiste utilise son propre corps – peuvent se caractériser par une certaine immatérialité à tel point que des auteurs évoquent à leur propos une esthétique de la disparition ou de l'absence de l'œuvre[1365], il n'y a en revanche pas de disparition de l'artiste. Au contraire, l'artiste apparaît, sans la médiation d'un objet d'art telle qu'une peinture, dans toute la matérialité de sa présence physique. Avec l'art corporel c'est, très littéralement, l'artiste qui fait l'œuvre. Ainsi ce courant peut être rapproché davantage de l'art moderne que de l'art contemporain dans la mesure où il serait possible d'y voir l'exaltation de la figure de l'artiste créateur.

Il ne s'agit pourtant pas de nier que l'art corporel peut porter sa propre réflexion sur l'auteur. Ainsi, l'apport théorique de certaines œuvres d'art corporel, et en particulier des œuvres de performance, se situe dans le brouillage de la distinction entre auteur et public. Allant plus loin qu'une simple théorie de la réception qui reconnaîtrait l'importance et la liberté du public dans

[1364] V. *supra* p. 399.
[1365] En particulier, P. Phelan, *Unmarked: The Politics of Performance,* Psychology Press, 1993.

l'interprétation d'une œuvre[1366], les performances visent souvent à une véritable participation du public au processus créatif. De nombreuses œuvres mettent en place un dispositif participatif qui permet une co-création entre l'auteur et le public dans la mesure où la réaction de ce dernier influe directement sur le déroulement de la performance. Par exemple, en 1964, l'artiste Yoko Ono invite le public de sa performance *Cut Piece* à se munir de ciseaux pour découper des morceaux de ses vêtements tandis qu'elle se tient immobile. Cette participation du public implique une réflexion sur la place de l'auteur qui accepte de partager une partie de son pouvoir et de renoncer au contrôle total de la création[1367]. Poussée à son paroxysme, cette idée entraîne le refus de l'idée même de public. Dans les *happenings* du Fluxus, il ne pouvait ainsi y avoir que des participants puisque, comme l'explique Allan Kaprow, pour éviter qu'une action ne devienne une simple pièce de théâtre, « le public doit être entièrement éliminé »[1368].

Malgré cela, le rapport de l'art corporel à la figure du créateur demeure complexe. Ce courant ne peut, en tous cas, être lu uniquement comme faisant partie d'un mouvement de remise en cause de l'auteur. En effet, il est possible de considérer que ce qui fait le cœur de l'art corporel, ce sont les œuvres centrées sur le corps de l'artiste lui-même puisque celles-ci découlent d'une démarche radicale dans sa volonté de n'utiliser aucun intermédiaire (ni objets ni interprètes) entre l'artiste et son public. Or, ces œuvres ont pu être interprétées comme un aboutissement du projet de l'art moderne – le projet de donner à voir l'individualité de l'artiste à travers une œuvre d'art[1369]. Ainsi, l'historienne de l'art Mary Kelly note, dans un article très critique envers l'art corporel, que si la performance élimine effectivement l'objet d'art moderne – défini par sa couleur, sa matière, etc. –, elle ne fait que déplacer la présence (ou l'aura) de l'artiste puisque « les signifiants d'une présence artistique unique sont réapparus à travers la figure de l'artiste ; *sa* (*his*) personne, *son* (*his*) image, *ses* (*his*) gestes »[1370].

[1366] V. U. Eco, *L'œuvre ouverte*, Points, 2015.

[1367] V. C. Bishop, « Introdution. Viewers as Producers » in C. Bishop (ed.), *Participation*, Whitechapel – The MIT Press, 2006, p. 12. Comme l'auteure le note pertinemment, la question de la participation artistique fait appel à des positions militantes sur la démocratie. V. aussi notamment sur la portée politique de la participation du public dans l'art, F. Popper, *Art, action et participation : l'artiste et la créativité aujourd'hui*, Klincksieck, 2007.

[1368] A. Kaprow, « Notes on the Elimination of the Audience » in C. Bishop (dir.), *op. cit.,* p. 102.

[1369] Il est vrai que des critiques d'art ont, de façon parfois un peu naïve, défendu ces œuvres qui nécessitent la présence physique de l'artiste pour leur caractère authentique, en insistant sur le pouvoir signifiant du corps. En cela, ces interprétations peuvent être lues comme exaltant l'individualité de l'artiste V. par exemple L. Vergine, Body Art and Performance, Skira, 2000.

[1370] M. Kelly, *op.cit.*, p. 51 (traduction libre de l'anglais). Les pronoms masculins sont soulignés par l'auteure.

Il est vrai que ces œuvres d'art corporel semblent devoir, automatiquement, exalter le pouvoir créateur de l'artiste – et en l'occurrence le pouvoir créateur de sa simple présence physique. D'ailleurs, même les œuvres qui demandent une participation active du public peuvent reposer sur la présence corporelle de l'artiste. Par exemple, Marina Abramovic a effectué une performance nommée *The Artist is Present*, dans le cadre de l'exposition rétrospective qui lui a été consacrée au MoMA de New York en 2010. Cette performance avait pour particularité de se dérouler pendant toute la durée de l'exposition aux horaires d'ouverture du musée. Assise sur une chaise au milieu d'une pièce dédiée à l'œuvre, Marina Abramovic attendait immobile que des spectateurs s'asseyent, un à un, en face d'elle. Elle les regardait ensuite silencieusement jusqu'à ce que le spectateur assis se lève et soit remplacé par un autre. Il s'agissait d'une œuvre tout à fait participative qui nécessitait l'intervention des membres du public pour être activée. Pourtant, elle dépendait aussi entièrement de l'aura projetée par l'artiste, par sa simple présence physique.

D'ailleurs, les études sur les œuvres d'art corporel[1371], à l'exemple des œuvres elles-mêmes restent, de fait, focalisées sur l'œuvre et l'artiste – qui d'ailleurs se confondent souvent. Même les documents photographiques qui subsistent de la plupart de ces œuvres rendent comptent des actions de l'artiste mais pas des réactions du public[1372], révélant implicitement que ces dernières sont bien de moindre importance et qu'elles ne constituent pas véritablement l'œuvre d'art.

L'importance de l'artiste dans l'art corporel peut correspondre à la conception de l'auteur en droit d'auteur. Si le droit définit l'originalité comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans l'œuvre, l'art corporel va plus loin en substituant à l'empreinte la présence même de l'artiste. Il s'agirait en quelque sorte de l'empreinte de la subjectivité poussée à son comble puisque l'œuvre d'art, au travers de laquelle le public est censé pouvoir accéder à l'auteur, est remplacée par l'auteur en personne. En ce sens, nous ne pouvons pas constater d'inadaptation entre les pratiques artistiques de l'art corporel et la conception juridique de l'auteur.

Certes, on pourrait penser cette conception déstabilisée par la participation du public. Cependant, même si les spectateurs peuvent avoir un apport dans l'œuvre, cet apport ne suffit pas pour interroger véritablement l'auteur au sens juridique. En effet, les œuvres de performance qui font intervenir le public utilisent en général un public au sens générique,

---

[1371] V. à ce propos, F. Ward, *No Innocent Bystander*, Dartmouth College Press, 2012, p. 9 et s.

[1372] P. Auslander, « The Performativity of Performance Documentation » *in PAJ: A Journal of Performance and Art,* vol. 28, n° 3, 2006, p. 1-10.

duquel ne se détache aucune personnalité individuelle. Par ailleurs le contrôle du public sur l'œuvre est finalement assez limité en ce que ce dernier n'intervient que dans le cadre d'un dispositif donné et selon des modalités fixées à l'avance par l'artiste. La remise en cause de l'auteur est donc finalement très limitée.

Ce n'est donc pas par une disparition ou par une dissolution du pouvoir de l'artiste, qui correspondrait au discours philosophique de la « mort de l'auteur », que l'art corporel remet en cause l'auteur juridique. En revanche, il interroge plus profondément, la construction du sujet juridique autonome – construction qui a permis l'émergence de la notion d'auteur.

2. L'auteur incarné

Comme nous l'avons vu plus haut, le droit d'auteur français n'est pas particulièrement déstabilisé par l'art corporel du fait que l'objet du droit de propriété, l'œuvre, se superpose avec le propriétaire, l'auteur. Il n'est pas non plus affecté par les théories postulant la « mort de l'auteur » ou, dans le cas des arts plastiques, la disparition de l'artiste. S'il n'est pas besoin de modifier la définition juridique de l'auteur pour l'adapter à l'art corporel, ce dernier amène à une réflexion plus large sur la notion de sujet. Ainsi, le corps comme médium d'expression artistique ne cause pas spécialement de problème technique immédiat à régler mais il ouvre des perspectives plus fondamentales.

D'ailleurs l'auteur et le sujet sont deux notions qui peuvent être étudiées en parallèle. David Saunders prévient pourtant contre une relecture romantique de l'histoire du droit d'auteur comme celle de l'avènement (ou, pour les tenants du postmodernisme, de la déchéance) du sujet[1373]. Certes, la démarche qui consisterait à chercher une relation de causalité entre le droit d'auteur et la construction du sujet paraît peu convaincante. Cependant, si le sujet n'a pas besoin d'être un auteur[1374], l'auteur, lui, doit être un sujet. Barthes l'exprime en ces termes : « L'auteur est un personnage moderne, produit sans doute par notre société dans la mesure ou, au sortir du Moyen Âge, avec l'empirisme anglais, le rationalisme français, et la foi personnelle de la Réforme, elle a découvert le prestige de l'individu, ou, comme on dit plus noblement, de la

[1373] D. Saunder, « Dropping the Subject : An Argument for a Positive History of Autorship and the Law of Copyright » in B. Sherman et A. Strowel, *op. cit.,* p. 93-110.

[1374] Bien que l'auteur (ou l'artiste) puisse être le modèle du sujet individualiste. V. C. Taylor, *Le Malaise de la modernité,* Lexio, 2015, p. 69 et s.

“personne humaine” »[1375]. De même, juridiquement l’émergence de l’auteur est bien liée avec celle de la personne juridique puisqu’il a fallu que la notion de personne soit établie pour que puisse émerger celle de l’auteur[1376]. Ainsi, des perspectives différentes sur la notion de sujet peuvent entraîner une recomposition de la notion (juridique et extra-juridique) d’auteur.

SECTION 2. La reconstruction du corps comme sujet de droit

Bernard Edelman, dans *Le droit saisi par la photographie*[1377], s’intéresse au sujet juridique. Il avance, que ce sujet, être abstrait, autonome et propriétaire de lui-même (au sens philosophique et libéral davantage qu’au sens strictement juridique), permet l’appropriation du réel et celle, en particulier, de la création artistique. Citant directement ce texte, la critique d’art Mary Kelly fait du sujet libéral et propriétaire (de lui-même et de son œuvre) la figure de l’artiste moderne mais aussi de l’artiste corporel qui, selon elle, partage ces aspirations[1378]. En effet, l’artiste de l’art corporel tient une place particulière dans l’art contemporain en affirmant sa présence physique dans sa production artistique. Cependant, nous pensons que l’art corporel peut aussi permettre de construire un sujet qui n’est pas celui que décrivent Bernard Edelman et Mary Kelly.

La corporéité des œuvres d’art corporel a deux conséquences. D’une part, l’art corporel, en ce qu’il invite à appréhender le sujet par sa corporéité, tend à promouvoir la perspective d’une personne juridique « située », différente du sujet de droit abstrait (A). D’autre part, confrontés par les œuvres corporelles à la vulnérabilité de leurs propres corps, ces sujets situés, spectateurs ou artistes, voient leur interdépendance, source d’interrogations juridiques, soulignée par l’art corporel (B).

[1375] R. Barthes, « La mort de l'auteur » *in Le Bruissement de la langue. Essais critiques IV*, Seuil, 1984, p. 61-62.

[1376] En ce sens J. Ickowicz, *Le droit après la dématérialisation de l’œuvre d’art*, Les presses du réel, 2013 p. 391 et s. ou B. Edelman, *La propriété littéraire et artistique*, PUF, 2008, p. 37 et s.

[1377] B. Edelman, L*e droit saisi par la photographie*, Flammarion, 2001.

[1378] M. Kelly, « Re-viewing Modern Criticism » *in Screen*, vol. 22, n° 3, 1981, p. 41-52

A. La construction d'un sujet situé

L'art corporel, parce qu'il présente l'artiste comme une personne incarnée, la présente comme une personne ouverte, parfois offerte, aux interactions avec son environnement social. En cela, l'art corporel présente l'artiste comme un sujet situé (1). Or, ce sujet situé nous invite à nous interroger sur le sujet juridique qui, au contraire, est un sujet qui est largement conçu comme abstrait, extrait des circonstances concrètes de son existence (2).

1. L'art corporel et l'émergence de l'artiste comme sujet situé

Si l'art corporel entretient un rapport ambigu à la réification du corps (α), il est en tout état de cause utilisé par ses artistes pour se construire en affirmant leur caractère « situé » (β).

α. Art corporel et réification du corps

Le fait pour un artiste d'utiliser le corps humain dans sa création est souvent lu – et dénoncé – de façon univoque comme participant à un mouvement de réification du corps humain[1379]. Cette constatation générale ne paraît pas rendre compte de la diversité des œuvres que nous nous sommes proposés de rassembler dans cette étude. Il y a certainement une réification du corps humain lorsque l'artiste utilise des éléments ou produits du corps comme matériau pour réaliser une installation. Dans ce cas, les éléments du corps sont isolés de la personne dont elles proviennent et présentés comme des pièces détachées sans vie, comme des objets. Il en est de même de l'utilisation de cadavres à des fins artistiques qui sont alors seulement des objets qui se trouvent avoir été des personnes humaines. Il est cependant possible de douter que l'artiste fasse davantage, dans ces cas-là, que d'accompagner ou de constater, sans particulièrement le provoquer, un mouvement de réification du corps dans la mesure où les éléments et produits du corps ainsi que les cadavres sont déjà juridiquement considérés comme des choses[1380].

En revanche, l'art promeut certainement un processus de réification du corps quand un artiste utilise le corps d'autrui pour support passif – par exemple comme simple toile. Même s'il y a,

[1379] En ce sens, B. Edelman « La création dans l'art contemporain » *in D.,* 2009, p. 38. V. aussi A. Porcin, « Corps d'œuvre » *in Lex Electronica*, vol. 15 n° 2, 2010 qui évoque le « corps produit comme objet ».
[1380] V. *supra* note 1196.

dans la démarche de l'artiste, une volonté de critiquer la marchandisation du corps ou de l'art, ces utilisations participent activement au mouvement qu'elles dénoncent. Par exemple, *Tim* de Wim Delvoye, quand il est exposé, fait dos aux spectateurs, ne parle pas et a même des écouteurs dans les oreilles. Cette passivité est une mise en scène de sa réduction symbolique au rang d'objet. Il n'y a pas la même réduction au rang d'objet lorsqu'une œuvre d'art utilise des modèles comme interprètes actifs, qui bougent, parlent ou même simplement regardent[1381]. Il serait possible d'arguer alors que l'interprète n'est pas libre puisqu'il n'agit que selon des instructions données par un autre – ce qui constituerait un contrôle sur son corps réduisant ce dernier au statut de marchandise. Toutefois cet argument n'explique pas en quoi le travail de l'interprète se distingue d'une relation de travail quelconque.

La situation la plus complexe est évidemment celle dans laquelle l'artiste utilise son propre corps pour en faire une œuvre d'art. Certains y voient une incontestable réification du corps, voire de la personne elle-même. Par exemple, pour Bernard Edelman, qui considère l'art contemporain et en particulier l'art corporel comme un signe de la victoire du marché sur l'humanisme, utiliser son corps comme œuvre d'art équivaut à se transformer en marchandise. Selon lui, l'art contemporain permet à chacun de « modeler son corps, c'est-à-dire lui-même, en faire la matière première de sa créativité, se transformer en objet – fétiche – mais un objet vivant, l'idéal même de la marchandise »[1382]. Toutefois, si l'artiste se présente alors aux regards d'autrui comme un objet, il le fait, comme nous avons pu le voir, en assumant l'ambiguïté d'être à la fois objet d'art et sujet créateur de la performance.

Ainsi nous percevons deux problèmes dans l'affirmation qui fait systématiquement de l'art corporel un procédé de réification. D'une part, cette affirmation se place d'un seul point de vue externe – l'artiste peut se présenter comme un objet –, sans s'intéresser à l'expérience de celui-ci. Cette position ignore ce que l'œuvre fait à l'artiste, or elle peut lui permettre d'affirmer sa capacité à agir et, en particulier, à créer. D'autre part, même en se plaçant du seul point de vue du spectateur, il faut noter que si l'artiste peut se présenter comme objet, il ne sera pas forcément perçu comme tel. Certaines œuvres de performance font d'ailleurs, à dessein, appel au public en le sommant de reconnaître l'artiste comme un être humain[1383]. Chris Burden relate ainsi une

---

[1381] C'est le cas dans la performance de Michel Journiac, *Piège pour voyeur* (Galerie Martin Malburet, Paris,1969) évoquée *supra* p. 380.

[1382] B. Edelman, *Tous artistes en droit*, Hermann, 2012, p. 279.

[1383] Par exemple dans la performance de Guillermo Gómez-Peña et Coco Fusco, *The Couple in a Cage: Two Amerindians Visit the West* (1992 -1993), évoquée *supra* p. 382.

conversation avec un galeriste : « Je voulais le forcer à accepter que je me présente comme un objet. Mais je ne suis pas un objet, donc il y avait ce dilemme moral »[1384]. Il est donc caricatural de considérer que l'art corporel participe forcément de la réification du corps humain. Une œuvre d'art corporel, quand l'artiste se sert de son propre corps peut au contraire le construire en tant que sujet actif.

β. Art corporel et construction de soi

Certains courants philosophiques postulent la construction du sujet par le corps, notamment la phénoménologie, qui insiste sur l'expérience corporelle et la perception[1385]. Or, il existe des expériences spécifiques de construction de soi, vécues par les personnes dont les corps sont plus souvent constitués comme « autres ». Ce sont aussi ces corps marginalisés qui ont, en priorité, utilisé l'art corporel pour se ressaisir d'eux-mêmes. Par exemple, l'art corporel a été un mode d'expression particulièrement favorisé par les artistes femmes. Beauvoir, reprenant la tradition de la phénoménologie[1386], note, dans ses travaux sur les femmes, que si elles aussi se constituent *via* leur corporéité[1387], leur expérience n'en est pas moins très différente de celle des hommes[1388]. Elle insiste notamment sur la plus grande soumission des femmes au regard d'autrui et sur la façon dont celle-ci se construisent par rapport à ce regard extérieur sur leur corps[1389]. L'art corporel permet précisément aux artistes de faire du corps féminin qui traditionnellement subit passivement le regard – notamment dans l'histoire de l'art qui en fait presque exclusivement un objet de représentation[1390] – un sujet agissant. Ainsi, si les artistes

---

[1384] J. Moisan, « Border Crossing » *in High Performance*, vol. 2 n° 5, 1979, p. 6 (traduction libre de l'anglais).

[1385] V. en particulier M. Merleau Ponty *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, 1976.

[1386] Elle revendique ainsi l'influence de Heiddegger, Sartre et Merleau-Ponty (S. de Beauvoir, *Le deuxième sexe I*, Gallimard, 1949, p. 64).

[1387] « La présence au monde implique rigoureusement la position d'un corps qui soit à la fois une chose du monde et un point de vue sur ce monde », *ibid.,* p. 38-39.

[1388] Ainsi elle note que « la femme, comme l'homme, est son corps : mais son corps est autre chose qu'elle », *ibid.*, p. 59.

[1389] S. de Beauvoir, *Le deuxième sexe II*, Gallimard, 1949, en particulier p. 74 et s.

[1390] Le collectif d'artistes Guerilla Girls, qui a pour objectif de mener des actions dénonçant l'absence des femmes (artistes, commissaires d'expositions, etc.) dans le monde de l'art, compte régulièrement le ratio des femmes artistes et des femmes représentés dans différents musées. Après leur premier comptage en 1989 au Metropolitan Museum of Art de New York, elles affichèrent les résultats sur une affiches devenue célèbre, parodiant la Grande odalisque d'Ingres. Elles avaient compté 4% d'artistes femmes dans la section d'art moderne tandis que 76% des nus représentaient des corps féminins.

femmes peuvent utiliser l'art corporel pour se construire comme sujet artiste, il s'agit d'une version du sujet incarnée et spécifiquement féminine[1391].

L'art corporel peut en effet permettre la construction d'un sujet qui n'est pas celui, dominant et abstrait, de l'artiste moderne. Certains auteurs, par exemple Mary Kelly, estiment que l'art corporel se trouve dans le sillage de l'art moderne – voire que la présence de l'artiste, caractéristique des œuvres d'art corporel, réalise le projet moderne consistant à imposer l'artiste comme créateur génial et transcendant[1392]. Ces critiques font de l'art corporel un mouvement rétrograde et moderniste parce qu'il exalterait le pouvoir créateur du sujet autonome. En réponse, Amelia Jones note que l'art corporel présente un sujet qui n'est pas le sujet de l'art moderne et peut être ainsi réhabilité comme une façon de construire des subjectivités alternatives, incarnées et inscrites dans un contexte social[1393].

Dans l'art moderne, l'absence du corps dans l'œuvre entraînait aussi une absence de la société, de l'environnement et du contexte, au profit d'une œuvre autonome et fermée sur elle-même. Comme l'exprime Amelia Jones, l'art moderne impose une esthétique du retrait, voire de la répression, du corps de l'artiste qui est liée à la pensée philosophique moderne qui le sous-tend :

> « Dans l'art moderne, la focalisation sur la notion de génie et sur l'expérience individuelle a contribué à laisser de côté le contexte social. La mise au ban du corps traduisait le refus de reconnaître que tous les objets et pratiques culturels font partie intégrante de la société, puisque c'est bien le corps qui relie le sujet à son environnement social. […] Sa pensée philosophique privilégie le sujet "désintéressé" – donc désincarné –, en règle générale l'homme blanc occidental, le sujet prétendument universel ou transcendant, le *cogito* désincarné de l'ontologie cartésienne exerçant sa domination sur les sujets "primitifs"

[1391] R. Mader et N. Schweizer, « "Your Body is a Battleground" De quelques objets de l'histoire de l'art » in *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 24, n° 1, 2005, p. 74 : « La question centrale n'est donc plus celle d'un « donné », le corps (féminin) représenté dans sa « vérité », mais bien celle de la construction de la différence sexuelle à l'œuvre dans les pratiques artistiques ».

[1392] M. Kelly, « Re-viewing Modern Criticism » *in Screen*, vol. 22, n° 3, 1981, p. 41-52.

[1393] A. Jones, *Body Art / Performing the Subject*, University of Minnesota Press, 1998, not. p. 37 et s.

> ou “féminins” qui paraissent, à l’inverse, inexorablement liés à la chaire, totalement “intéressée” et socialement incarnés. »[1394]

En effet, le lien entre le modèle de l’artiste et celui du sujet n’est pas anodin. Le philosophe canadien Charles Taylor note ainsi qu’alors que le modernisme exalte, à l’outrance, l’individualité, il donne l’artiste en exemple de l’individu unique, du génie créatif :

> « La création artistique devient le paradigme de la définition de soi. L’artiste est promu en quelque sorte au rang de modèle de l’être humain, en tant qu’agent de la définition originale de soi. »[1395]

Ainsi si l’artiste est le modèle du sujet moderne, changer de perspective sur l’artiste permet, certainement, d’interroger aussi le sujet. Dans l’art corporel, le corps de l’artiste permet à ce dernier de se présenter en tant que sujet incarné et socialement situé puisque c’est par ce corps qu’il est dans la société et qu’il peut intervenir sur la société. C’est en cela que l’utilisation directe du corps révèle la dimension sociale des créations artistiques, dimension qui avait été étouffée dans le modernisme. L’irruption du corps de l’artiste dans son œuvre constitue donc une critique virulente contre le sujet autonome et désincarné – contre sa domination de l’histoire de l’art mais aussi contre son existence même en tant que concept philosophique. D’ailleurs, l’émergence du corps dans l’art contemporain correspond de manière frappante à la critique du sujet émise par la philosophie postmoderne[1396]. L’art corporel peut alors être perçu comme un symptôme d’un passage qui influe sur la pensée de façon plus large et qui voit le modèle de l’individu incarné remplacer celui de l’individu moderne abstrait. Ce constat nous impose de nous demander si ce passage se manifeste dans les conceptions juridiques du sujet.

2. Le droit et le sujet situé

Le droit fonctionne par catégories abstraites et paraît donc peu adapté pour saisir les spécificités de chaque individu incarné et socialement situé (α). Pourtant le développement des droits fondamentaux peut annoncer l’avènement d’une notion juridique de « personne humaine » qui

[1394] A Jones, « Essai » *in* T. Warr et A. Jones, *Le corps de l’artiste*, Phaidon, 2005, p. 19.
[1395] C. Taylor, *Le Malaise de la modernité,* Lexio, 2015, p. 69.
[1396] A Jones, « Essai » *in* T. Warr et A. Jones, *Le corps de l’artiste*, Phaidon, 2005, p. 19 : « Il existe un parallèle frappant entre la dislocation, par l’art corporel, du sujet cartésien de l’art moderne (central et transcendant, comme le fameux cogito ergo sum de Descartes) et la critique contemporaine poststructuraliste du même sujet ».

semble mieux à même de prendre en compte la personne et son corps dans leur rapport à leur environnement social (β).

α. Le sujet juridique comme sujet abstrait

La question du sujet situé s'est aussi posée en droit. En effet, le droit ne prend pas en compte, dans sa conception abstraite du sujet appréhendé par le biais de la notion de personne juridique, les expériences spécifiques des personnes dont les corps sont marginalisés. Cette abstraction du sujet de droit est dénoncée par certains courants critiques du droit, notamment par des travaux anglo-saxons relevant des études féministes ou ethniques. Ceux-ci mettent en relief la façon dont la notion abstraite du sujet juridique peut, en fait, défavoriser ou exclure certaines catégories de la population en fonction de caractéristiques physiques relevant par exemple du genre[1397] ou de la perception de race[1398].

Or, le droit nécessite un degré d'abstraction qui s'accorde mal avec le fait de prendre en compte des êtres humains définis par des corps, des identités et des expériences plurielles. Le corps en particulier, irréductiblement concret et personnel, s'adapte mal aux catégories du droit, tandis que, comme le notent Emmanuel Dockès et Gilles Lhuillier, « le droit qui appartient au monde de l'abstraction sort profondément ébranlé d'une confrontation aux faits bruts, et particulièrement à ce fait premier qu'est l'existence des corps humains »[1399] . L'abstraction juridique semble certes souhaitable car elle permet aussi, en principe, une égalité entre les personnes juridiques, comme l'exprime Yan Thomas : « Les normes du droit ont pour point d'appui des entités comparables, plutôt que des êtres irréductiblement singuliers. Comme la langue, le droit est instrument d'abstraction et, en ce sens, d'égalité »[1400]. Cependant, il est possible de questionner la définition du sujet abstrait et ce que ce dernier inclus afin que l'abstraction ne masque pas une exclusion. C'est pourquoi la notion juridique d'être humain, sujet des droits fondamentaux, peut-être source de réflexions fructueuses.

1397 Par exemple, Z. R. Eisenstein, *The Female Body and the Law,* University of California Press, 1988.

1398 Par exemple P. J. Williams, *The Alchemy of Race and Rights*, University of Harvard Press, 1991.

1399 E. Dockès et G. Lhuilier, « Introduction » *in* E. Dockès et G. Lhuilier, *Le corps et ses représentations*, Litec, 2001, p. 10.

1400 Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit » *in Le Débat*, vol. 100, n° 3, 1998, p. 104.

β. La personne humaine, sujet incarné

Le sujet des droits fondamentaux se distingue de la personne humaine en tant que notion de droit privé en ce qu'il est un individu concret, incarné et situé dans son environnement. C'est ainsi le définit Xavier Bioy :

> « [Le concept de *personne juridique*] désigne le support abstrait des droits, comme le dit Kelsen, un point d'imputation des droits. La personnalité juridique se distingue donc d'une autre notion, elle aussi tout autant juridique, qu'est la *personne humaine*. Terme utilisé depuis une soixantaine d'années pour désigner le sujet des droits fondamentaux, ceux de tout *être humain*, l'usage de la notion de *personne humaine* met ce sujet juridiquement en situation "d'être un corps", d'entretenir des relations sociales, d'être un corps socialement situé. »[1401]

La notion juridique permettrait-elle alors une appréhension de la personne incarnée ? Pour Xavier Bioy, la personne humaine prend en compte les différentes facettes de l'être, et notamment son corps, pour les unifier en une entité : la personne humaine, sujet des droits fondamentaux[1402]. La personne humaine permet de rendre compte de l'unité de la personne juridique et de son corps socialisé dans le monde. Cette notion construit ainsi un sujet situé qui est, pour l'auteur, un « sujet libéral situé »[1403] puisque la personne humaine permettrait d'atteindre un équilibre entre la liberté individuelle du sujet libéral abstrait et le caractère social de la personne incarnée[1404].

[1401] X. Bioy, « Le droit à la personnalité juridique » *in* X. Bioy (dir.)., *La personnalité juridique*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole – LGDJ, 2013, p. 97-113.

V. aussi, du même auteur, *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003.

[1402] Bioy, Xavier, « La personne humaine » in F.-X. Lucas et T. Revet (éd.), *Précis de culture juridique,* 3ème éd., 2019, LGDJ, p 154 : « Par le concept de personne humaine, le droit justifie une protection objective et globale refusant de laisser dissocier les composantes attribuées à la personne ».

[1403] X. Bioy *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, p. 747.

[1404] *Ibid.*, notamment p. 751.

La personne humaine ne remplace pas la personne juridique mais la comprend[1405] et « remplit des fonctions propres »[1406]. Elle permet de rendre compte, dans le domaine des droits fondamentaux, du fait que le traitement du corps, de cet aspect concret de l'être humain peu pris en compte par d'autres domaines du droit, conditionne les droits de la personne. Cette notion propose en tous cas un autre modèle pour appréhender juridiquement le sujet et esquisse une reconnaissance juridique du corps dans son lien avec la personne et l'environnement.

Cette définition juridique se détache d'une conception naturaliste de la personne humaine comme réalité biologique que le droit devrait simplement prendre en compte[1407]. Comme le fait par exemple remarquer la philosophe Judith Butler, la notion d'humain est une notion construite par son acception juridique : est humaine la personne qui a des droits humains[1408]. La notion d'humain serait donc une catégorie contingente[1409] et, tout en s'en servant pour tenter de garantir des conditions de vie décentes pour tous, il est possible de l'interroger[1410]. Par exemple, Judith Butler considère que les droits humains ne fonctionnent pas toujours de façon satisfaisante pour toutes les parties de la population, en particulier pour les femmes qui ont pu se voir attribuer et se voient parfois encore attribuer une humanité moindre[1411]. C'est pourquoi elle note que « l'ouverture de la notion d'humain à une redéfinition est une donnée nécessaire au projet politique du mouvement international pour les droits humains »[1412].

L'art corporel nous montre un sujet auquel les juristes sont peu familiers, une personne incarnée et, de ce fait, singulière et socialement située. Ce sujet situé ne correspond pas à la personne abstraite du droit civil, ni d'ailleurs à l'auteur abstrait du droit d'auteur. Cependant il surgit dans les droits fondamentaux à travers la notion de personne humaine. Ainsi, le développement des

---

1405 V. X. Bioy, « Le droit à la personnalité juridique » *in* X. Bioy (dir.)., *La personnalité juridique*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole – LGDJ, 2013, p. 97-113.

1406 Bioy, Xavier, « La personne humaine » in F.-X. Lucas et T. Revet (éd.), *Précis de culture juridique,* 3ème éd., 2019, LGDJ, p. 154.

1407 A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne : Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 433 : « La personne humaine est une réalité et c'est en ce sens, en tant que désignant l'être réel de chair et d'os, que la notion est apparue dans les textes juridiques. Le droit n'attribue pas aux individus la qualité de personne humaine, cela ne ressortit pas à sa compétence, il ne fait que la constater ».

1408 Butler, *Défaire le genre*, Editions Amsterdam, 2016, p. 58 et s.

1409 Une catégorie qui peut servir à définir un groupe restreint et au contraire en exclure d'autres notamment en fonction de leur genre, orientation sexuelle ou origine, v. *ibid.,* p. 60.

1410 L'auteure soulève notamment les questions suivantes : « Quelles catégories de la population ont été qualifiée d'humaine et lesquelles ne l'ont pas été ? Quelle est l'histoire de la catégorie "humain" ? A quel moment de son histoire sommes-nous ? » *ibid.,* p.60.

1411 *Ibid,.* p.59- 60.

1412 *Ibid.,* p. 58.

droits fondamentaux et leur irruption dans tous les domaines du droit laissent penser que nous sommes au début d'une meilleure prise en compte de la situation de chacun en tant qu'individu incarné et inscrit dans un environnement social.

B. La vulnérabilité du sujet incarné

L'art corporel permet la création de soi en tant que sujet situé. Cette création de soi fait-elle écho, comme le pense de façon très critique Bernard Edelman[1413], à un sentiment de démesure, à une volonté démiurge d'auto-engendrement ? C'est ce que semblent montrer certaines œuvres d'art corporel. Par exemple la performance d'Orlan datant de 1964, *Orlan accouche d'elle-même*, montre l'artiste en train de d'accoucher d'un mannequin en plastique afin de symboliser la naissance de sa personnalité artistique. Cependant, « on ne pas s'accoucher à soi-même », note Michel Journiac en parlant d'une performance de 1983 qu'il décrit comme un « rituel d'enfantement »[1414]. Il constate : « il faut les autres » [1415]. C'est en relation avec son environnement, avec son public, que se crée l'artiste.

En ce qu'elle est essentiellement interpersonnelle, née d'une interaction entre l'artiste et son public (1), l'œuvre corporelle souligne la vulnérabilité de chacun – à un sens plus large que la stricte acception juridique de cette notion (2).

1. L'œuvre d'art corporel comme lieu de démonstration de la vulnérabilité

L'œuvre d'art corporel ne concerne pas l'artiste seul[1416]. En obligeant le spectateur à entrer en confrontation directe avec le corps de l'artiste, l'art corporel inscrit l'œuvre dans « un lieu

[1413] B. Edelman, *Tous artistes en droit*, Hermann, 2012.

[1414] J. Donguy, « Michel Journiac et Sylviane Gouirand, Paris, février 1995 » *in L'art au corps,* Musée de Marseille - Réunion des muses nationaux, 1996, p. 201-202.

[1415] *Ibid.,* p. 202.

[1416] R. Mader et N. Schweizer, « "Your Body is a Battleground" De quelques objets de l'histoire de l'art » in *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 24, n° 1, 2005, p. 77 : L'impact théorique n'est pas non plus limité à la contructionn de la subjectivité de l'artiste : « En introduisant "littéralement" le corps dans la production artistique, ces artistes ne déconstruisent pas uniquement la dichotomie sujet-objet (de femme objet à sujet agissant), mais

d'intersubjectivité »[1417]. Si les études d'histoire de l'art consacrées à l'art corporel (et en particulier aux œuvres pour lesquelles l'artiste utilise son propre corps) se concentrent sur le lien entre l'œuvre et la subjectivité de l'artiste[1418], cette subjectivité ne se construit pas de manière indépendante du public. L'historien de l'art américain Frazer Ward consacre ainsi une étude au public des performances en notant que « les modèles de subjectivité qui émergent de ces œuvres [les œuvres d'art corporel] sont précédés et dépendants des effets du public, des façons dont les œuvres modélisent leurs publics »[1419]. L'artiste entretient une relation avec son public et se construit aussi en tant que sujet par cette relation.

En tant que lieu d'intersubjectivité, l'œuvre corporelle est aussi un lieu qui révèle la vulnérabilité de l'artiste. Prenant le contre-pied de la figure moderne de l'artiste tout-puissant maîtrisant seul sa création, l'artiste qui présente directement son corps accepte et, surtout, encourage la dimension relationnelle de l'œuvre. Il se montre vulnérable en s'offrant au regard du public et parfois à son intervention directe.

L'artiste de performance, qui se construit comme sujet par l'œuvre, se construit ainsi en interaction avec son public, tout comme le sujet se construit en interaction avec son environnement et en particulier avec les autres personnes qui l'entourent. Ce qu'il y a de commun entre ces deux situations, c'est le corps. C'est cette dimension incarnée de l'être humain qui le rend foncièrement vulnérable et dépendant d'autrui :

> « Il s'agit là d'une conception plus générale de l'humain selon laquelle nous sommes offerts à autrui dès l'origine, avant même l'individuation. La corporalisation, par laquelle nous sommes offerts à autrui, nous rend vulnérables à la violence mais aussi à toute une variété de contacts, dont l'une des extrémités est l'éradication de notre être, et l'autre le maintien physique de nos vies. »[1420]

---

condensent de façon dialectique ces positions dans la performance, déstabilisant par là même la dichotomie spectateur-objet, et le statut de l'objet d'art lui-même ».

[1417] A. Jones, *op. cit.,* p. 14 (traduction libre de l'anglais).

[1418] V. notamment A. Jones, *op. cit.* ; K. O'Dell, Contract with the Skin, University of Minnesota Press, 1998 ; P. Phelan, *Unmarked: The Politics of Performance,* Psychology Press, 1993.

[1419] F. Ward, *No Innocent Bystander*, Dartmouth College Press, 2012, p. 10 (traduction libre de l'anglais).

[1420] Butler, *Défaire le genre,* Editions Amsterdam, 2016, p. 41.

Cet état de vulnérabilité fait partie de la condition de chacun et il est impossible de sortir de cet état : « Nous ne pouvons entreprendre de "rectifier" cette situation, tout comme nous ne pouvons retrouver la source de cette vulnérabilité car elle précède la formation du "je". Nous ne pouvons contester cette condition par laquelle nous

En philosophie morale, l'éthique de la sollicitude (ou du *care*) place la vulnérabilité, condition commune à tous, au fondement de l'éthique[1421]. Elle amène à considérer le monde comme un « monde vulnérable »[1422], habité par des individus interdépendants. Cette interdépendance découle de la condition incarnée de l'être humain. Certaines personnes peuvent être effectivement très dépendantes d'autrui, mais il s'agit surtout de reconnaître une condition potentielle de dépendance partagée par tous les êtres humains en tant qu'ils ont un corps. Puisque nous avons tous un corps, nous avons tous été dépendants lorsque nous étions enfants et nous pouvons tous devenir dépendants suite à un accident, à une maladie, au vieillissement, etc. Cette vulnérabilité, partagée par tous comme condition ontologique, nous amène à concevoir le monde comme un réseau de relations sociales entre personnes interdépendantes, ce qui conduit à placer le souci de l'autre, la sollicitude, au cœur des valeurs morales.

Ainsi tout être humain en tant qu'il est incarné est soumis à cette condition de vulnérabilité, l'art corporel ne fait que le montrer plus explicitement. Par exemple, des œuvres telles que *Cut Piece* de Yoko Ono[1423] ou *Rythm 0* de Marina Abramovic[1424] présentent des femmes artistes qui, en se mettant à la merci des interventions du public sur leurs corps, mettent en scène leur vulnérabilité. Cependant, cette vulnérabilité est aussi celle à laquelle chacun est soumis du fait même d'être un corps exposé au monde. Ainsi, l'historien de l'art Frazer Ward remarque à propos de *Rythm 0* que, bien qu'il ne s'agisse pas de l'objectif de l'artiste, l'œuvre interroge, de façon particulièrement pertinente pour les femmes, notre pouvoir sur notre propre corps face aux violences sexuelles et rappelle que « nous présumons une sorte de "propriété" de nos corps et de leurs capacités, même s'il faut reconnaître que ce n'est pas tout à fait vrai, ou pas

sommes mis à nu dès l'origine et rendus dépendants de personnes que nous ne connaissons pas. Nous venons au monde ignorants et dépendants et, dans une certaine mesure, nous le restons. » (*ibid.)*

[1421] C. Gilligan, *Une voix différente*, Flammarion 2019. Dans cet ouvrage, publiée pour la première fois en anglais en 1982, l'auteure constate qu'il est possible de reconnaître une manière alternative de concevoir la moralité formulée par une « voix différente » – plus spécifiquement féminine – préoccupée davantage par le souci de l'autre que par des principes abstraits de justice.

[1422] J. Tronto, dans *Un monde vulnérable*, La Découverte, 2009. Dans cet ouvrage, l'auteure critique l'accent de met Carol Gilligan sur le caractère spécifiquement féminin de l'éthique de la sollicitude parce qu'il pourrait amener à une conception essentialiste des qualités de sollicitude, de souci de l'autre, de gentillesse, etc. Elle propose à la place de considérer « un monde vulnérable » dans lequel la sollicitude serait une éthique partagée fondant de nouveaux modes de coopération politique.

[1423] Dans cette performance créée à Kyoto en 1964, Yoko Ono était immobile sur une scène, habillée de façon soignée. Des ciseaux, posée devant elle, était disponible au public qui était encouragé à venir coupe un bout de tissu afin de déshabiller l'artiste au fur et à mesure des interventions.

[1424] Pour la performance *Rythm 0*, réalisée à Naples en 1974, Marina Abramovic avait disposé 72 objets divers sur un table, de la plume au revolver chargé. Les spectateurs étaient encouragés à utiliser ces objets à leur guise sur le corps de l'artiste pendant les six heures qui durait l'œuvre tandis qu'elle restait totalement immobile et stoïque.

toujours »[1425]. Cette œuvre nous rappelle, autrement dit, à notre vulnérabilité[1426]. L'art corporel est ainsi un espace de démonstration ou, littéralement, de performance, de la vulnérabilité.

Ces performances montrent d'autant plus la vulnérabilité des spectateurs qu'elles jouent sur l'empathie qui se met en place entre les observateurs et l'artiste[1427]. Par exemple, les actions de l'artiste française Gina Pane qui, dans les années 1970, explorent souvent la douleur à travers des actes d'automutilation font appel à l'identification du public avec l'artiste. Pour Pane, la blessure permet le partage : elle « aide à saisir la blessure d'autrui, à la porter, à la comprendre, peut-être même à éclairer les siennes propres à travers elle en suscitant le dialogue des lésions »[1428]. Avec l'art corporel, l'artiste utilise ainsi son propre corps pour nous montrer notre vulnérabilité commune.

2. La vulnérabilité appréhendée par le droit

La notion de vulnérabilité, dans le sens exposé plus haut d'une condition partagée par tous les êtres humains, ne connaît pas de traduction juridique malgré une utilisation accrue du terme de « vulnérabilité » dans tous les domaines du droit (α). Cependant, la vulnérabilité ouvre des perspectives intellectuelles très riches aux juristes (β).

α. La reconnaissance juridique limitée de la vulnérabilité

Dans la sphère juridique, la notion de vulnérabilité a fait l'objet d'un grand intérêt depuis le début des années 2000. En droit positif, cette notion semble de plus en plus utilisée[1429] et se retrouve dans tous les domaines du droit[1430]. Des études exhaustives ont mis en évidence sa

[1425] F. Ward, op. cit., p. 123 (traduction libre de l'anglais).

[1426] V. aussi H.-P. Jeudy, Le corps comme objet d'art, Armand Colin, 1998, p. 121, à propos du travail de Gina Pane : « L'objectif de Gina Pane est de rendre la douleur contagieuse afin que le corps de l'autre se reconnaisse aussi comme corps douloureux ».

[1427] D'ailleurs, selon S. Delpeux, *Le corps-caméra : Le performer et son image*, Textuel, 2010, p. 11, « la participation et/ou l'empathie sont les modalités de compréhension de l'art d'action ».

[1428] J. Hountou, Julia. « La blessure chez Gina Pane : un langage polysémique » *in Ligeia*, vol. 97-100, n° 1, 2010, p. 17.

[1429] V. par exemple l'article des sociologues B. Eyraud et P. Vidal-Naquet, « La vulnérabilité saisie par le droit » *in Revue Justice Actualités*, 2013, p.3-10.

[1430] V. le colloque « Vulnérabilité et droits fondamentaux » organisé 2018 à l'Université de la Réunion, dont les interventions sont publiées à la *RDLF*, 2019 chron. n° 10 à 19. Les contributions diverses montrent que la notion touche aussi bien le droit pénal que le droit médical, l'urbanisme, le droit la famille, etc.

présence en droit public et droit de la CEDH[1431], en droit privé[1432], en droit pénal[1433] et en droit international[1434]. La vulnérabilité renvoie à une situation concrète, ou « un état de fragilité antérieur à une atteinte à un droit juridiquement protégé »[1435], que le droit doit prendre en compte. La notion est, en général[1436], appréhendée comme un attribut caractérisant certaines personnes, les personnes vulnérables. Celles-ci sont des personnes qui, en raison de leur « état de fragilité », ne sont pas pleinement autonomes[1437] et ont, en conséquence, besoin d'être protégées par des dispositions juridiques particulières.

La vulnérabilité peut avoir des causes diverses. Les personnes vulnérables peuvent l'être du fait d'une incapacité (permanente ou temporaire) à être autonomes – c'est le cas par exemple des mineurs et des majeurs protégés en droit civil. Elles peuvent aussi se trouver dans une situation matérielle qui les rend particulièrement fragiles, comme les personnes en situation de précarité économique ou sociale[1438]. Ces acceptions de la vulnérabilité en font un attribut qui caractérise uniquement certaines parties de la population. Il s'agit aussi d'une situation binaire : une personne peut être ou non vulnérable. Évidemment cette condition n'est pas forcément permanente – une personne vulnérable du fait d'une maladie peut guérir, une personne en situation d'exclusion sociale peut se réinsérer, etc. Il n'en reste pas moins qu'à un instant donné, une personne est vulnérable ou ne l'est pas. Nous ne cherchons pas à suggérer que les situations

---

[1431] G. Lichardos, *La vulnérabilité en droit public : pour l'abandon de la catégorisation*, Toulouse I, 2015.

V. aussi, C. Ruet, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » *in Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, p. 317 et J.-Y. Carlier, « Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 79, p. 175-204.

[1432] V., Gittard, *Protection de la personne et catégories juridiques : vers un nouveau concept de vulnérabilité,* Paris 2, 2005 et L. Dutheil-Warolin, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Université de Limoges, 2004.

[1433] M.-L. Lanthiez, *De la vulnérabilité en droit pénal*, Paris I, 2006.

[1434] M. Blondel, *La personne vulnérable en droit international*, Université de Bordeaux, 2015.

La vulnérabilité a aussi été abordée sous l'angle du droit international lors du colloque « La vulnérabilité en droit international, européen et comparé » organisé à l'Université Paris-Nanterre le 11 octobre 2019.

[1435] B. Lavaud-Legendre, « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un "droit de la vulnérabilité" en construction » *in Revue de droit sanitaire et social*, 2010, p. 520.

[1436] Une exception notable est constituée G. Lichardos, *op. cit.,* qui propose de remplacer la notion de personne vulnérable par celle de personne placée dans une situation de vulnérabilité afin d'adopter une définition situationnelle de la vulnérabilité.

[1437] V. D. Roman, « Vulnérabilité et droits fondamentaux – Rapport de synthèse » *in RDLF,* 2019, chron. n°19 : « La vulnérabilité se caractérise comme l'état d'une personne qui, en raison de certaines circonstances, ne peut, en droit ou en fait, jouir de l'autonomie suffisante pour exercer ses droits fondamentaux ».

[1438] Le code de l'action sociale et des familles associe plusieurs reprises la vulnérabilité avec la précarité économique (art. L116-1 évoque « les personnes et des familles vulnérables, en situation de précarité ou de pauvreté ». L. 261-1 : « personnes en situation de vulnérabilité économique ou sociale ») ou l'isolement social (L. 116-3 « personnes les plus vulnérables du fait de leur isolement »).

parfois difficiles auxquelles renvoie la notion de vulnérabilité sont aussi tranchées que peut le laisser penser la binarité du droit. Nous pouvons seulement constater que c'est de façon binaire que ces situations sont traduites juridiquement. Le droit des personnes vulnérables fait de la vulnérabilité une exception – qui peut ou doit être prise en compte par des dispositions légales spécifiques –, ce qui permet de ne pas interroger la normalité, de ne pas remettre en cause l'autonomie du sujet juridique considéré comme non vulnérable.

De façon plus intéressante, la vulnérabilité peut parfois aussi être caractérisée par un lien interpersonnel. Ainsi, en droit pénal, certaines infractions sont assorties de circonstances aggravantes si la relation entre et l'auteur et la victime rendent cette dernière particulièrement vulnérable, par exemple si l'infraction est commise par une personne ayant autorité sur la victime[1439] ou ayant avec elle un lien de famille ou de couple[1440]. Cette manière de penser la vulnérabilité n'en fait pas un attribut propre à certaines personnes mais la révèle, au contraire, comme une condition partagée en reconnaissant que nous pouvons tous, en fonction des relations que nous entretenons avec autrui, être vulnérables. Cette conception interpersonnelle de la vulnérabilité peut aussi se rencontrer en droit des contrats. Dans certaines relations, le droit protège particulièrement l'une des parties qui est considérée comme particulièrement vulnérable par rapport à l'autre (l'employé par rapport à con employeur ou le locataire par rapport à son bailleur par exemple)[1441]. La vulnérabilité dépend alors de la position d'une personne relativement à un cocontractant dans une relation contractuelle en particulier – et ne se fonde pas sur une faiblesse qui lui serait intrinsèque.

Cependant, sauf dans les rares occurrences dans lesquelles elle est définie de façon relationnelle, la vulnérabilité telle qu'elle est conçue en droit n'est pas la même que la vulnérabilité existentielle de l'être humain incarné que nous évoquons plus haut[1442]. Dans tous les cas, la vulnérabilité est perçue, en droit, de manière négative comme une faiblesse, tandis

[1439] Par exemple l'article 222-33 du code pénal, sur le harcèlement sexuel, mentionne la « personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ».

[1440] Voir, parmi d'autres, l'article 222-10 du code pénal qui aggrave les peines maximales encourues pour violences lorsque l'auteur de l'infraction et la victime sont de la même famille (3° et a) ou sont ou ont été en couple (6°).

[1441] V. F.-X. Roux-Demare, « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe » *in Les cahiers de la justice*, 2019, p. 619.

L'auteur, tout en citant le droit des contrats comme un domaine dans lequel une « vulnérabilité conjoncturelle » peut être reconnue, note cependant que « pour autant, si la personne est vulnérable par le contexte à laquelle elle est confrontée, elle sera le plus souvent protégée juridiquement dans les situations de particulière vulnérabilité "en raison de leur situation personnelle, familiale ou économique les rend(ant) plus sensibles" ».

[1442] V. *supra* p. 420 et s.

qu'une vulnérabilité conçue comme une condition partagée peut amener à concevoir la notion de façon plus positive comme un lien obligatoire à l'autre.

β. La prise en compte de la vulnérabilité comme méthode juridique

A travers la notion de vulnérabilité et son appréhension juridique limitée, il nous est permis de constater que le corps demeure, largement, impensé par le droit. Certes, le corps humain est apparu dans la loi à travers les grandes réformes bioéthiques, a été introduit dans le code civil en 1994. Cependant, à travers ces règles le corps est toujours perçu uniquement comme un objet à protéger – contre la science, la marchandisation, etc. Cela nous paraît être une perspective trop limitée sur un corps qui n'est pas qu'un objet mais aussi une interface par laquelle la personne humaine est liée à son environnement, à la société et à autrui. En cela, le corps est constitutif du sujet – du sujet incarné et singulier. Ce constat ouvre au juriste deux principales pistes de réflexion.

D'une part, la vulnérabilité nous amène inéluctablement à entreprendre une critique de l'autonomie. Il ne s'agit pas ici de prétendre que tous les êtres humains sont également vulnérables[1443]. Cependant, le fait que nous le soyons tous, au moins potentiellement, remet en cause la possibilité théorique d'une autonomie du sujet. La vulnérabilité amène ainsi plus largement à une critique de l'autonomie, dans la mesure en tous cas où cette notion construit un modèle d'individu auto-suffisant.

Dans la mesure où le droit ne peut pas fonctionner sur la prémisse selon laquelle les personnes sont dépourvues d'autonomie, des propositions essaient de prendre davantage en compte l'interdépendance en proposant des modèles d'autonomie limitée. Ainsi, des tentatives de refonder la notion d'autonomie en prenant en compte la relation de la personne avec son l'environnement ont été formulées ces dernières années, notamment par des auteures prenant une perspective féministe. Ces approches de l'autonomie sont diverses mais ont en commun l'idée que l'être humain n'existe pas de façon abstraite mais qu'il est au contraire socialement et historiquement situé et constitué par un réseau de relations (voire d'interdépendance), c'est

[1443] V. ainsi J. Butler, « Rethinking Vulnerability and Resistance » in J. Butler, Z. Gambetti et L. Sabsay (ed.), Vulnerability in Resistance, p. 25 (traduction libre de l'anglais) : « A mon avis, même si la "vulnérabilité" peut être affirmée en tant que condition existentielle, puisque nous sommes tous sujets à des accidents, à des maladies et à des attaques qui peuvent effacer nos vies très rapidement, il s'agit également d'une condition provoquée socialement, qui explique la une exposition disproportionnée à la souffrance, en particulier chez les personnes généralement qualifiées de précariat, pour lesquelles l'accès à un abri, à de la nourriture et à des soins médicaux est souvent considérablement limité ».

pourquoi elles sont rassemblées sous l'appellation d'« autonomie relationnelle »[1444]. Cette critique de l'autonomie comme notion de philosophie politique ne peut être isolée de réflexions sur l'autonomie du sujet juridique[1445]. La notion d'autonomie relationnelle a été peu utilisée en droit et n'a été mobilisée que pour analyser des sujets qui impliquent très explicitement des relations personnelles (par exemple le droit de la famille[1446] ou les violences domestiques[1447]) – mais cette réflexion est sûrement amenée à être élargie.

L'art corporel constitue ici le point de départ d'une réflexion qui permet de montrer, parce que la corporéité est celle de tous, que la vulnérabilité est aussi une condition commune à tous. Passer par l'expérience universelle de la corporéité, rendue explicite dans les œuvres de l'art corporel, permet ainsi de rendre plus accessible cette notion d'autonomie limitée, d'inscription dans un réseau d'interdépendance.

Plus largement encore, la vulnérabilité révélée par l'art corporel invite aussi à penser la vulnérabilité du juriste. Il ne s'agirait plus alors de mieux prendre en compte la vulnérabilité par des règles ou des notions juridiques, mais d'examiner les conséquences du fait que les juristes, praticiens et magistrats, aient un corps, qu'ils soient eux-mêmes vulnérables et puissent être interpelés par la vulnérabilité d'autrui.

Le souci de la vulnérabilité de chacun, dans sa singularité, semble incompatible avec l'abstraction du droit. Comme le remarque Yan Thomas, « le droit refuse d'entrer dans les motivations purement subjectives. Il se contente d'admettre des titres généralisables et des causes censées être communes à tous, hors subjectivité »[1448]. Cependant l'éthique de la sollicitude et la prise en compte de la vulnérabilité peuvent ouvrir des perspectives

---

[1444] Par exemple Mackenzie, C. et N. Stoljar (ed.), *Relational Autonomy Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Oxford University Press 2000.

[1445] Tradition critique de la théorie de l'autonomie de la volonté en droit des contrats, constitue une critique plus large de la possibilité d'une prise de décision totalement indépendante. Le débat doctrinal en droit des contrats se pose assez différemment de celui que nous évoquons ici, bien entendu mais pourrais le nourrir de réflexions.

V. pour différentes critiques de l'autonomie contractuelle J. Ghestin, *La formation du contrat*, 4ème éd., Lextenso, 2013 n° 169 et s. et F. Chénedé, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative » *in Droit & philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 155-181.

Spécifiquement sur le solidarisme contractuel (qui nous semble particulièrement intéressant ici car il insiste sur la socialisation de la personne) : J. Cédras, « Liberté – Egalité – Contrat : Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation » *in Rapport annuel de la Cour de cassation*, Documentation française 2003, p. 186-204 et L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica 2004.

[1446] J. Herring, *Relational Autonomy and Family Law*, Springer, 2014.

[1447] J. Nedelsky, *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law,* Oxford University Press, 2011.

[1448] Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit » *in Le Débat*, vol. 100, n° 3, 1998, p. 92.

intellectuelles aux juristes. La corporéité, qui implique l'interdépendance, permet de concevoir le droit comme un outil permettant de régler des situations complexes et concrètes impliquant des individus ancrés dans un réseau de relation interpersonnelles.

Comme l'exprime Guy Canivet :

> « [L'éthique du *care*] se présente ainsi davantage comme une philosophie de l'agir, de l'espèce, de la singularité, de l'examen précis et attentif des situations de fait et de la situation des personnes en cause, de l'écoute, de l'attente de réaction, de l'interaction que comme une théorie normative générale. Elle emprunte les voies de la logique inductive pour remonter de la situation singulière des faits en litige et des personnes impliquées vers le traitement de la question qu'elle pose, plutôt que celles d'une logique déductive appliquant une disposition générale à des situations abstraitement classées par catégories ; en quelque sorte une manière de penser le droit par le singulier, le contexte, les affects, la faiblesse des individus et leur interdépendance plutôt que par son impersonnalité, sa généralité et son abstraction. »[1449]

De même que le corps, qui était dans l'histoire de l'art un objet représenté sur un tableau, est devenu avec l'art corporel la matrice de la création, le corps mérite de cesser d'être uniquement conçu en droit comme un objet à protéger pour devenir aussi une méthode de réflexion. Les juristes peuvent intégrer le corps, et la vulnérabilité que celui-ci apporte nécessairement, à la méthode juridique – à la façon de réfléchir à une situation juridique. Comme l'écrit le philosophe Jean-Philippe Pierron, la conscience de la vulnérabilité (la sienne et celle d'autrui) ne s'oppose pas à la rigueur du raisonnement juridique mais peut lui apporter les nuances nécessaires à une meilleure recherche de la justice : « il ne s'agit pas de céder sur la rigueur de l'argumentation et de la procédure judiciaire, mais d'intégrer une manière de se laisser blesser,

---

[1449] G. Canivet, « La délicatesse du juriste - Éloge d'une pratique désirable » *in Politique(s) criminelle(s)*, Dalloz, 2014, p. 14.

V. aussi les réflexions, sur la vulnérabilité du magistrat, du philosophe J.-P. Pierron, « La vulnérabilité, un concept pour le droit et la pratique judiciaire » *in Les cahiers de la justice*, 2019, p. 569 : « La vulnérabilité, loin de n'être qu'un handicap pour le droit, peut être, si on la prend en compte, la condition d'un art d'être juste. La place faite à l'imagination - qui nous déporte de notre point de vue pour envisager d'autres possibles - ; aux narrations - qui explorent dans la finesse des situations la contingence de vies vulnérables échappant au comptage et aux statistiques - ; et aux émotions - qui font varier la gamme des analyses et donnent corps aux décisions en retentissant affectivement - dans le raisonnement et l'activité judiciaire sont trois façons de faire une place à la vulnérabilité du juge ou du magistrat. »

toucher par la situation, et ce faisant, de résister à la mécanicité qu'encoure en permanence la répétition des jugements en droit »[1450].

*

Nous avons adopté jusqu'à ce dernier chapitre une position extérieure à l'artiste. Même si nous avions pu reconstituer l'intention derrière certains œuvres, nous ne nous étions pas demandés ce que l'art, et l'art corporel en particulier, fait à l'artiste. Paradoxalement, nous pensons qu'en se présentant comme un objet, l'artiste peut se construire comme sujet selon un modèle de subjectivité non dominant, soumis aux interactions du public et de l'environnement. L'artiste corporel serait un sujet vulnérable, construit dans un réseau d'interdépendance. En cela, l'art corporel constitue un point de départ nouveau pour explorer les notions d'auteur et de sujet d'un point de vue original, qui est un point de vue incarné.

1450

CONCLUSION DU TITRE DERNIER

Le fait qu'une œuvre ait pour support un corps est ainsi porteur de deux perspectives complémentaires, illustrant la rémanence du corps dans l'œuvre. En premier lieu, l'œuvre corporelle, lorsqu'elle est appréhendée dans son aspect matériel, permet de constater l'affirmation du corps au niveau juridique – non pas tant *via* des règles contraignantes relatives au statut du corps que par des règles protectrices de la personne – avec des conséquences éventuellement restrictives sur la possibilité d'exploiter l'œuvre par le biais de son support. En second lieu, les pratiques de l'art corporel ouvrent une réflexion sur le statut juridique du sujet, que l'art corporel appelle à saisir comme incarné – sans impliquer pour autant d'évolution du statut de l'auteur lui-même, contrairement à ce qui pourrait nous sembler instinctif.

Dans l'un et l'autre cas, derrière cette persistance du corps dans l'œuvre, et derrière les conséquences ainsi portées, c'est la notion de personne qu'on voit réapparaître – comme permettant la protection du corps, et invitant à une nouvelle appréhension du sujet de droit.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

La protection par le droit d'auteur est possible mais elle n'est pas aisée en raison du caractère éphémère et immatériel de certaines œuvres d'art corporel. Surtout, cette protection est partielle en ce que le droit d'auteur, même s'il peut s'ouvrir à des éléments du contexte ou de la présentation des œuvres d'art corporel, est incapable de prendre pleinement en compte leur dimension d'expérience – parce qu'il n'y est pas, et selon nous ne devrait pas y être, destiné. De plus, une fois la protection acquise, l'utilisation des droits d'auteur peut encore se trouver entravée, lorsque l'œuvre est incarnée dans le corps d'une personne extérieure à l'auteur, par les droits dont cette personne dispose sur son corps. Cela peut conduire les artistes à privilégier l'exploitation de leurs œuvres par d'autres biais, et notamment par la mise en circulation sur le marché de l'art, d'objets dérivés de l'œuvre d'origine et qui n'en partagent ni le caractère éphémère, ni le caractère incarné.

L'affirmation selon laquelle œuvre d'art corporel déstabilise le droit d'auteur mérite cependant d'être nuancée. Le caractère incarné de l'œuvre d'art corporel qui en fait, lorsque l'artiste utilise son propre corps, un objet à la limite de l'œuvre et de l'auteur rend évidemment la relation de l'auteur à son œuvre plus complexe ; toutefois cette relation de grande proximité est au final permise par la tradition personnaliste qui existe dans le droit d'auteur français. Toutefois, si cette relation ne pose pas de problème juridique technique immédiat, l'objet hybride qu'est l'œuvre d'art corporel qui nous invite à repenser l'auteur et plus largement le sujet juridique, comme une personne incarnée et vulnérable.

CONCLUSION GENERALE

La création entre liberté et restrictions

Il existe une grande liberté dans l'utilisation de son propre corps, à des fins artistiques ou autres. Cette affirmation n'est en revanche pas vraie en ce qui concerne le corps d'autrui. Par exemple, chacun est libre de s'automutiler mais une blessure infligée à autrui doit être réprimée quand bien même cette personne serait consentante. Finalement, nous sommes, dans le rapport de la personne à son propre corps, dans un espace de large tolérance parce que nous nous trouvons comme en deçà du droit.

Cette différence entre le rapport à son propre corps, domaine de tolérance, et le rapport au corps d'autrui, qui est encadré juridiquement, constitue la limite de la liberté à disposer de son corps. Or, cette limite est largement indifférente au consentement. Cette dernière notion semble prendre de l'importance avec la reconnaissance du principe d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la CEDH. Ce principe est indéniablement en vogue : il oriente des réflexions théoriques et soutient des revendications politiques autour de la notion de libre choix sur des sujets divers qui vont de l'euthanasie au travail sexuel. Il peut donc avoir des conséquences indirectes sur le droit en ce qu'il est susceptible d'influencer des réformes législatives, par exemple. Toutefois la portée directe de ce principe reste limitée. D'une part, l'autonomie personnelle peut être lue comme reconnaissant à chacun la possibilité de tout faire avec le corps d'autrui sous réserve d'avoir au préalable recueilli un consentement non vicié mais il s'agit d'une définition bien trop large de la notion. L'autonomie personnelle, comme les autres droits protégés par la Convention EDH, connaît évidemment des limites. D'autre part, ce principe n'est à ce stade pas appliqué dans la jurisprudence nationale.

L'art corporel se trouve dans une situation particulière en ce qu'il s'agit d'art. Même si un artiste n'intervient que sur son propre corps, il le fait *a priori* dans l'objectif de créer une œuvre qui sera diffusée au public. Ainsi, si la seule action d'intervenir sur son corps n'est pas interdite, un problème peut se poser du fait que cette intervention sera vue par un public. Or, cette diffusion risque d'être interdite ou limitée. Elle pourrait l'être, en particulier, en raison d'une atteinte à la dignité de la personne humaine – soit par intervention des pouvoir publics dans le cadre de leur rôle de police administrative, soit parce que la diffusion de l'œuvre contreviendrait à l'article

227-24 du code pénal relatif à la protection des mineurs ou même, simplement, à l'article 16 du code civil.

Ces risques de restriction rendent pertinente l'étude du principe de liberté de création artistique. Ce principe repose sur la liberté d'expression, protégée notamment par la Convention EDH, et reconnaît le fait que cette dernière s'étend à l'expression artistique. Or, la liberté d'expression permet une mise en balance avec à la dignité humaine, qui n'apparaît alors pas comme une limite absolue interdisant l'utilisation du corps comme matériau artistique. Finalement, l'artiste dispose d'une grande liberté d'engager son propre corps dans des activités artistiques, même dangereuses ou néfastes à sa santé.

L'œuvre entre incarnation et mise en circulation

De plus, une mise en circulation des œuvres d'art corporel sur le marché est possible. Elle est plus facile sous forme d'œuvre d'art, en créant un objet qui peut être détaché du corps humain auquel l'œuvre d'art corporel est normalement associée, mais dans certaines situations le corps lui-même peut aussi circuler.

Le droit d'auteur constitue un outil qui permet la circulation de l'œuvre et assure normalement des revenus à l'artiste. Cependant, il ne joue pas ici pleinement son rôle. La protection de la plupart des œuvres d'art corporel ne peut être qu'incomplète en ce qu'elle ne peut porter que sur la forme perceptible par les sens des ces œuvres en excluant leur contexte – ce qui ne permet pas au droit d'auteur d'appréhender l'expérience éphémère, immédiate et partagée qu'est une performance, par exemple. Si la protection est bien possible, elle est limitée en ce qu'elle porte sur une version de l'œuvre qui ignore ce qui fait sa valeur artistique. Toutefois, les artistes peuvent se servir du droit d'auteur, associé à d'autres stratégies notamment contractuelles, pour effectivement tirer des revenus de la mise en circulation de leurs créations.

Lorsque l'œuvre est une action, liée au corps qui l'effectue, l'œuvre et son processus de création sont confondus. L'absence de produit distinct du processus de création fait alors obstacle à l'entrée de l'art corporel sur le marché – d'où la confection artificielle de produits pour entrer sur celui-ci. Ainsi, l'une des manières d'intégrer le marché de l'art consiste, pour les artistes d'art corporel, à créer des objets dédiés à la circulation qui se détachent du corps de l'artiste ou d'interprètes particuliers. En particulier, ils peuvent vendre des traces (souvent des photographies) de l'œuvre d'art corporel ou un protocole en vue de sa réitération par des

interprètes différents. Les œuvres d'art corporel peuvent alors circuler sous une forme qui renonce au caractère éphémère et incarné qui fait leur spécificité.

Il est aussi possible, bien que ce soit plus contraignant et donc plus rare, de faire circuler le corps qui est le support de l'œuvre afin de faire circuler cette dernière, au moyen de la création d'un service mis à disposition sur le marché de l'art. En effet, le corps humain peut être objet de contrats et sa circulation du corps peut être organisée par le biais de mécanismes juridiques qui existent déjà, en particulier par un contrat de travail[1451]. Certes des restrictions demeurent : le corps lui-même ne peut être directement vendu comme œuvre d'art, mais des engagements contractuels peuvent suffire à organiser une circulation du corps et donc de l'œuvre.

L'artiste entre réification et construction de soi

Nous pouvons certainement constater l'échec des projets des artistes des années 1960 qui souhaitaient éviter la réification de l'œuvre d'art en attachant cette œuvre à un corps – et donc à une personne, au-delà de l'échange marchand et en dehors de toute évaluation en valeur.

La réification de l'œuvre d'art corporel semble en effet consommée dès lors qu'elle entre sur le marché comme un objet. Plus pragmatiquement, la réification de l'œuvre est devenue indispensable puisque l'art corporel est devenu aussi la principale source de revenus de certains artistes – qui devaient dès lors disposer de produits pour accéder au marché de l'art.

En revanche si la réification de l'œuvre d'art corporel en tant qu'objet disponible sur le marché de l'art est indéniable, le corps employé dans l'œuvre n'est, lui, pas à appréhender comme seulement réifié. L'œuvre d'art corporel et son artiste (ou son interprète) étant intrinsèquement liés, l'œuvre est toujours à la frontière de la chose et de la personne. A rebours de cette réification, l'art corporel, notamment lorsque l'artiste utilise son propre corps, sert souvent à affirmer la subjectivité et le pouvoir créateur de l'artiste et peut constituer un outil d'émancipation.

L'art corporel, qui joue sur l'ambiguïté entre sujet et objet, permet à des artistes de s'affirmer en tant que créateur malgré un corps (féminin notamment) qui était plutôt perçu comme un objet

[1451] L'une des utilisations les plus frappantes (et les plus controversées) du contrat de travail par un artiste Santiago Serra, qui utilise les outils que lui offre le droit, et par exemple le contrat de travail, pour mettre en lumière l'aliénation et la précarité de certains membres de la société. Pour *3000 huecos,* réalisé en Espagne en 2002, il fait creuser manuellement 3000 trous inutiles à des travailleurs africains immigrés rémunérés au salaire minimum espagnol dans le but de montrer l'exploitation que permet le droit du travail espagnol.

de représentation dans l'histoire de l'art occidental. Ainsi, l'art corporel peut être un biais par lequel reconstruire un sujet original, sujet incarné et vulnérable.

L'art corporel entre modernisme et postmodernisme

L'art corporel illustre le passage du modernisme au postmodernisme. En effet, l'art corporel fait clairement partie de l'art contemporain (ou postmoderne – nous utiliserons ici les deux termes comme équivalents) dans sa conception de l'œuvre mais peut s'approcher de l'art moderne en ce qui concerne le rôle de l'artiste. On peut relever que ce tournant entre modernisme et postmodernisme se reflète dans tous les domaines de la pensée y compris, dans une certaine mesure, dans le droit[1452]. Pour ce qui concerne plus spécifiquement notre sujet, la tension entre modernisme et postmodernisme inhérente à l'art corporel vient interroger les fondements du droit d'auteur.

L'œuvre d'art corporel ne répond pas au modèle de l'œuvre d'art moderne. En effet, ce dernier repose sur l'autosuffisance : l'œuvre moderne doit être une œuvre finie, close sur elle-même et toute entière contenue dans un objet[1453]. D'ailleurs, plusieurs auteurs ont pu faire remarquer que le modèle de l'œuvre de l'esprit adoptée par le droit d'auteur correspondait, peut-être davantage qu'à l'idéal romantique auquel on le rattache souvent, au paradigme du modernisme. Comme le fait remarquer Anne Barron, le droit d'auteur (ou, dans le cas du droit britannique au sujet duquel elle écrit, le *copyright*) repose, comme le modèle moderniste, sur l'autosuffisance de l'œuvre : il « suppose que son objet est le même type d'entité que l'objet que suppose la critique moderniste dans tous les arts : stable, fixe, fermé, indépendant et autonome de son contexte et de son public »[1454].

Au contraire, l'œuvre d'art corporel partage beaucoup de caractéristiques avec d'autres œuvres d'art contemporain et, en particulier, rejette la stabilité et l'indépendance de l'objet d'art : l'œuvre d'art corporel est éphémère, aléatoire et dépend de son contexte et de sa réception.

[1452] Par exemple, J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique » *in Revue du droit public et de la science politique,* 1998, n° 3, p. 659-714. V. aussi P. Schlag, « The Aesthetics of American Law » *in Harvard Law Review*, vol. 115, n° 4, 2002, p. 1047-1118.

[1453] Le critique d'art américain Clement Greenberg représente tout particulièrement la promotion de cet idéal et la recherche d'un pure visualité. C. Greenberg, « La peinture moderniste » *in Appareil*, n° 17, 2016, disponible en ligne [http://journals.openedition.org/appareil/2302].

[1454] A. Barron, « Copyright Law and the Claims of Art » *in Intellectual Property Quarterly*, n° 4, 2002, p. 370.

V. aussi P. K. Saint-Amour (éd.), *Modernism and Copyright*, Oxford University Press, 2010 et, spécifiquement sur la littérature, R. Rostein « Beyond metaphor: Copyright Infringement and the Fiction of the Work » *in Chicago Kent Law Review*, vol. 68, p. 725-804.

Surtout, le fait même que l'œuvre soit un corps (et pas un objet inanimé) déstabilise l'idéal moderniste. Ainsi, comme le notent les critiques Rachel Mader and Nicole Schweizer, « l'utilisation du corps "réel" s'inscrit en porte à faux avec l'idéologie moderniste de l'objet d'art "désincarné" et soumis à la seule logique de la vision »[1455]. L'œuvre de l'art corporel est une œuvre postmoderne et, en cela, n'est pas l'œuvre idéale du droit d'auteur qui ne la saisit qu'imparfaitement.

Il en va en revanche un peu différemment de l'auteur. Le postmodernisme est parcouru par l'idée de la « mort du sujet »[1456], qui se traduit par une esthétique de l'effacement de l'artiste dans l'art contemporain (dont l'art minimal est bon exemple). Au contraire, l'art corporel, du moins quand l'artiste utilise son propre corps, ne renonce pas au pouvoir créateur de l'individu et même de la seule présence de son corps. L'art corporel peut ainsi être lu comme une exaltation du sujet créateur et comme l'aboutissement du projet moderniste[1457].

Là encore, le droit d'auteur correspond au modernisme. L'auteur juridique ressemble en effet à l'artiste moderne, il s'agit d'un sujet créateur désincarné dont la personnalité unique produit une vision et une mise en forme individuelle du monde[1458]. La critique britannique Mary Kelly, s'appuyant directement sur les travaux de Bernard Edelman, fait ainsi remarquer que « l'interpellation juridique du sujet créatif coïncide dramatiquement avec sa construction "imaginaire" dans les discours critiques du modernisme »[1459].

Une œuvre créée par un artiste individuel, qui puise à cette fin dans son intériorité : l'art corporel s'inscrit en cela dans la vision moderniste. Mais il diverge de ce modernisme par le regard qu'il implique de porter tant sur l'auteur de l'œuvre (artiste situé et non plus désincarné) que sur l'œuvre elle-même (inscrite dans un contexte et non plus autonome).

1455 R. Mader et N. Schweizer, « "Your Body is a Battleground" De quelques objets de l'histoire de l'art » *in Nouvelles Questions Féministes*, vol. 24, n° 1, 2005, p. 73.

1456 V. F. Jameson, « Postmodenism and consumer society » *in* F. Jameson, *The Cultural Turn. Selected Writings 1938-1998*, Verso, 1998 p. 5 et s. V aussi, du même auteur et davatange à propos de l'art, « Postmodernism, or The Cultural Logic of Late Capitalism » *in New Left Review*, n° 146, 1984, p. 62 et s.

1457 M. Kelly, « Re-viewing Modern Criticism » *in Screen*, vol. 22, n° 3, 1981, p. 41-52.

1458 V. F. Jameson, « Postmodenism and consumer society » *in* F. Jameson, *The Cultural Turn. Selected Writings 1938-1998*, Verso, 1998 p. 6 : Les grands modernismes reposaient, comme nous l'avons dit, sur l'invention d'un style personnel, privé, aussi indubitable que votre empreinte digitale, *aussi incomparable que votre propre corps*. Mais ce cela signifie que l'esthétique moderniste est en quelque sorte organiquement liée à la conception d'un soi unique et d'une identité privée, d'une personnalité et d'une individualité uniques, dont on peut s'attendre à ce qu'elles génèrent une vision unique du monde et forgent un style unique, incomparable. » (Nous soulignons.)

1459 M. Kelly, *op. cit.*, p 46, traduction libre de l'anglais.

Cette tension s'explique par le projet intrinsèque à l'art corporel, qui consiste, ainsi que nous l'avons rappelé, à effacer la frontière entre l'œuvre et son processus d'élaboration. L'art moderne ne s'intéresse à l'œuvre qu'appréhendée distinctement de son processus d'élaboration, ce qui a pour conséquence de laisser l'artiste et son corps à distance et d'en faire ce sujet transcendant et désincarné, cette figure abstraite reprise par le droit d'auteur[1460]. A l'inverse, l'art corporel amène nécessairement à s'intéresser au processus d'élaboration de l'œuvre – puisque celui-ci se confond avec l'œuvre elle-même – et donc aux caractéristiques concrètes de son auteur, incarné et socialement situé.

Or, si le droit d'auteur est suffisamment efficace pour protéger l'œuvre d'art corporel à travers ses éléments objectifs, et ainsi permettre sa circulation sur le marché, il n'est pas conçu pour appréhender l'auteur de l'œuvre en tant que personne située. L'artiste d'art corporel, défini par sa singularité, est autre que l'auteur pensé par le droit d'auteur – et les deux figures peinent à être subsumées sous la même catégorie générale.

En se proposant d'hybrider choses et personnes à travers ses œuvres, l'art corporel met au défi le droit d'auteur, seulement prévu pour administrer des choses et non des personnes. Ce qui explique pourquoi la gestion de ces œuvres d'art corporel implique largement en pratique l'intervention de techniques juridiques relevant du droit « souple » ou « postmoderne »[1461]. Celles-ci permettent en effet de mieux saisir les spécificités de chaque artiste et de chaque œuvre. Et donc de mieux valoriser financièrement celles-ci, au prix d'un décalage avec les intentions des pionniers de l'art corporel.

[1460] A Jones, « Essai » *in* T. Warr et A. Jones, *Le corps de l'artiste*, Phaidon, 2005, p. 21 et s.

[1461] Le droit souple, négocié, étant caractéristique du droit « postmoderne ». J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique » *in Revue du droit public et de la science politique,* 1998, n° 3, p. 659-714.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

I. Références juridiques

A. Ouvrages généraux, manuels, traités

BELLIVIER F.
Droit des personnes, LGDJ, 2015

BERTRAND, A.
Droit d'auteur 2011/2012, Dalloz, 2010

BOULOC, B.
Droit pénal général, 26ème éd., Dalloz, 2019

BRUGUIERE, J.-M. & GLEIZE, B.
Droits de la personnalité, Ellipses, 2015

CABRILLAC, R. (dir.)
Libertés et droit fondamentaux, 24e éd., Dalloz, 2018

CARBONNIER, J.
Droit civil, Thémis, 2004

CORNU, G.
Droit civil, 11ème éd., Montchrestien, 2005

DEBOVE, F. & FALLETTI, F.
Précis de droit pénal et de procédure pénale, 7ème éd., PUF, 2018

DESBOIS, H.

La Propriété littéraire et artistique, Librairie Armand Colin, 1953

Le droit d'auteur en France, Dalloz, 1978

DREYER, E.

Droit pénal général, 5ème éd., LexisNexis, 2019

EDELMAN, B.

La propriété littéraire et artistique, PUF, 2008

GAUTIER, P.-Y.

Propriété littéraire et artistique, 11e éd., PUF, 2019

GHESTIN, J.

La formation du contrat, 4ème éd., Lextenso, 2013

LATIL, A.

Création et droits fondamentaux, LGDJ, 2014

LUCAS, F.-X. & REVET, T. (éd.)

Précis de culture juridique, 3ème éd., 2019, LGDJ, p 154

LUCAS, A., LUCAS, H.-J. & LUCAS-SCHLOETTER, A.

Traité de la propriété littéraire et artistique, 4ème éd., LexisNexis, 2012

MERRYMAN, J., ELSEN, A. & URICE, S.

Law, Ethics and the Visual Arts, 5ème éd., Wolters Kluwer, 2007

OLAGNIER, P

Le droit d'auteur, LGDJ 1934

POLLEAU DULIAN, F.

Le droit d'auteur, 2ème éd., Economica, 2014

PRADEL, J.
Droit pénal général, 22ème éd., Editions Cujas, 2019

RENUCCI, J.-F.
Introduction générale à la Convention européenne des Droits de l'Homme - Droits garantis et mécanisme de protection, Editions du Conseil de l'Europe, 2005

ROCHFELD, J.
Les grandes notions du droit privé, PUF, 2013

SAUNDERS, D.
Authorship and Copyright, Routledge, 1992

SIRINELLI, P.
Propriété littéraire et artistique, 3ème éd, Dalloz, 2016

SUDRE, F.
La Convention européenne des droits de l'homme, PUF, 2012

VIVANT, M. & BRUGUIERE, J.-M. Bruguière
Droit d'auteur et droits voisins, 4ème éd., Dalloz, 2019

VIVANT, M. (dir.)
Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, 3ème éd., Dalloz, 2019

ZENATI-CASTAING, F. & REVET, T.
Les biens, 3ème éd., PUF, 2008

B. Ouvrages spécialisés, thèses, monographies

AFROUKH, M.
La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme, Bruylant, 2011

BAUD, J.-P.
L'affaire de la main volée, Seuil, 1993

BARBOU DES PLACES, S., HERNU, R. & MADDALON, P. (dir.)
Morale(s) et droits européens, Bruyant, 2015

BELLIVIER F. & NOIVILLE C.
Les biobanques, PUF, 2009

BERTRAND-MIRKOVIC, A.
La notion de personne : Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003

BIOY, X.
Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux, Dalloz, 2003

BIOY, X (dir.).
La personnalité juridique, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole – LGDJ, 2013

BLONDEL, M.
La personne vulnérable en droit international, Université de Bordeaux, 2015

BORILLO, D. & LOCHAK, D. (dir.)
La liberté sexuelle, PUF, 2005

CARON, C.
Abus de droit et droit d'auteur, Litec, 1998

CARYS, C.
Copyright, Communication and Culture, Edward Elgar, 2011

CHATILLON, C.
Les choses empreintes de subjectivité, Paris 1, 2008

CHERPILLOD, I.
L'objet du droit d'auteur, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1985

CLEMENT-FONTAINE, M.
L'œuvre libre, Larcier, 2014

COMAR, P. (dir.)
Figures du corps : Une leçon d'anatomie à l'école des Beaux-Arts, Ecole nationale supérieure des Beaux-Arts, 2008

DECOCQ, A.
Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, Librairie Pichon et Durand-Auzias, 1960

DEGUERGUE, M. (dir.),
L'art et le droit. Ecrits en l'hommage à Pierre-Laurent Frier, Publications de la Sorbonne, 2010

DEMARSIN, B. & PUTTEMANS, A. (dir.)
Les aspects juridiques de l'art contemporain, Larcier, 2013

DESCHANEL. C.
Le droit patrimonial à l'image: émergence d'un nouveau droit voisin du droit d'auteur, Université d'Avignon, 2017

DIJON, X.
Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif, Université catholique de Louvain, 1981-1982

DOCKES, E. & LHUILIER, G.
Le corps et ses représentations, Litec, 2001

DUTHEIL-WAROLIN, L.
La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé, Université de Limoges, 2004

EDELMAN, B.
Le droit saisi par la photographie, Flammarion, 2001
Ni chose ni personne. Le corps humain en question, Hermann, 2009
Tous artistes en droit. Petite histoire de l'esthétique à l'ère des droits de l'homme, Editions Hermann, 2012

EISENSTEIN, Z. R.
The Female Body and the Law, University of California Press, 1988.

FAHMY ABDOU, A.
Le consentement de la victime, LGDJ, 1971

GILMORE, G.
The Death of Contract, The Ohio State University Press, 1974

GIRARD, C. & HENNETTE-VAUCHEZ, S.
La Dignité de la personne humaine, PUF, 2005

GITTARD, V.
Protection de la personne et catégories juridiques : vers un nouveau concept de vulnérabilité, Paris 2, 2005

GRYNBAUM, L. & NICOD, M. (dir.)
Le solidarisme contractuel, Economica 2004

HENNETTE-VAUCHEZ, S.
Disposer de soi ?, L'Harmattan, 2004

HERRING, J.
Relational Autonomy and Family Law, Springer, 2014

IACUB, M.
Penser les droits de la naissance, PUF, 2002

ICKOWICZ, J.
Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art, Les presses du réel, 2013

KEARNS, P.
Freedom of Artistic Expression: Essays on Culture and Legal Censure, Hart Publishing, 2014

LABBEE, X.
*Le corps humain avant la naissance et après la mor*t, Presses Universitaires de Lille, 1990
Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, Presses Universitaires du Septentrion, 2012

LANTHIEZ, M.-L.
De la vulnérabilité en droit pénal, Paris I, 2006

LAVROFF-DETRIE, S.
De l'indisponibilité à la non-patrimonialité du corps humain, Paris 1, 1997

LICHARDOS, G.
La vulnérabilité en droit public : pour l'abandon de la catégorisation, Toulouse I, 2015

LOISEAU, G.
Le nom objet d'un contrat, LGDJ, 1997

LUCAS-SCHLOETTER, A.
Droit moral et droits de la personnalité : étude de droit comparé français et allemand, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002

MOINE, I.
Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique, LGDJ, 1997

MOURON, P.
Le droit d'exposition des œuvres graphiques et plastiques, Université d'Aix-Marseille, 2011

NEDELSKY, J.
Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law, Oxford University Press, 2011

NICAUD, B.
La réception du message artistique à la lumière de la CEDH, Thèse de doctorat en droit, Université de Limoges, 2011

RAIMOND, S.
La qualification du contrat d'auteur, Litec, 2009

RAIZON, H.
La contractualisation du droit moral de l'auteur, Université d'Avignon, 2014

REVET, T.
La Force de travail, Litec, 1992

RICOT, J.
Le suicide est-il un droit de l'homme ?, M-éditer, 2015

SAINT-AMOUR, P. K. (éd.)
Modernism and Copyright, Oxford University Press, 2010

SHERMAN, B. & STROWEL, A.
Of Authors and Origins, Clarendon Press - Oxford, 1994

SUPIOT, A.
Critique du droit du travail, PUF, 2011
Le droit du travail, PUF, 2016

TERRE, F.
L'enfant de l'esclave. Génétique et droit, Flammarion, Paris, 1987

TOMASIN, D. (ed.)
Qu'en est-il de la propriété ?, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2006

TRAVERS DE FAULTRIER, S.
La parole professorale, Université de Montpellier, 2007

TRICOIRE, A.
Petit traité de la liberté de création, La Découverte, 2011
La définition de l'œuvre, Université de Paris 1, 2012

WALRAVENS, N.
L'œuvre d'art en droit d'auteur - Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines, Economica, 2005

WILLIAMS, P. J.
The Alchemy of Race and Rights, University of Harvard Press, 1991

WOODMANSEE, M. & JASZI, P. (ed.)
The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature, Duke University Press, 1994

XIFARAS, M.
La propriété : Étude de philosophie du droit, PUF, 2004.

ZAY, J. & BRUGUIERE, J.-M.
Le droit d'auteur au temps du Front populaire, Dalloz, 2015

ZEMER, L.
The Idea of Authorship in Copyright, Ashgate, 2007

C. Articles, commentaires, chroniques, rapports

ACQUARONE, D.

« L'ambiguïté du droit à l'image » *in Recueil Dalloz,* 1985, p. 129

ADLER, A.

« What's Left: Hate Speech, Pornography, and the Problem for Artistic Expression » *in California Law Review*, vol. 84, n° 6, p. 1499, 1996

« The Thirty-Ninth Annual Edward G. Donley Memorial Lectures: The Art of Censorship », *in West Virginia Law Revue*, vol. 103, n° 205, 2000, p. 205

« Girls! Girls! Girls!: The Supreme Court Confronts The G-String » *in N.Y.U. Law Revue*, vol. 80, 2005, p. 1108

« Symptomatic Cases: Hysteria in the Supreme Court's Nude Dancing Decisions » *in American Imago*, vol. 64, n° 3, 2007, p. 297

« All Porn, All the Time » *in NYU Review of Law and Social Change*, Vol. 31, 2007, p. 695

« Performance Anxiety: Medusa, Sex and the First Amendment » *in Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 21, n° 2, 2009, p. 227

AFROUKH, M.

« Une hiérarchie entre droits fondamentaux ? Le point de vue du droit européen » *in RDLF*, 2019, chron. n° 43.

ALSNE, M.

« La chorégraphie et le droit d'auteur en France » *in RIDA*, n° 162, 1994, p. 2-119.

ALT-MAES, F.

« L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime » i*n Rev. sc. crim.,* 1990, p. 244 et s.

ANCEL, J.-P.

« La protection des droits de la personne dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation » *in* Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2000

ANTIPPAS, J.
« Propos dissidents sur les droits dits ”patrimoniaux” de la personnalité » *in RTD com.*, 2012, p. 35

ARZOUMANOV, A. & LATIL, A.
« Juger la provocation onirique : éléments pour une interprétation des expressions polyphoniques » *in Juris art etc*., n° 50, 2017, p. 39

AZZI, T.
« L'exercice du droit d'exposition des œuvres d'art » *in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 4

BACHELET, O.
« « Le droit de choisir sa mort : les ambiguïtés de la cour de Strasbourg » *in Revue internationale de droit pénal* (vol. 82), 2011, p. 125

BADINTER, R.
« Le droit de l'artiste sur son interprétation (L'arrêt Furtwängler) » *in JCP G*, 1964, I, p.1844.

BARRON, A.
« Copyright Law and the Claims of Art » *in Intellectual Property Quarterly*, n° 4, 2002, p. 370.

BELLIVIER, F. & NOIVILLE, C.
« L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? » *in Revue des contrats*, n° 3, sept. 2016, p. 505

BENABOU, V.-L.
« La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image » *in Droit et patrimoine*, 2001, n° 91, p. 84
« Originalité ? Vous avez dit originalités ? » *in Legicom*, vol. 53, n° 2, 2014, p. 12
Rapport sur les œuvres transformatives, CSPLA, 6 oct. 2014
« Quelles solutions pour les UGC en France ? » in Juris art etc., 2015, n° 25, p. 20
« Klasen : quand le contrôle de proportionnalité des droits dégénère en contrôle de nécessité des œuvres » in Dalloz IP/IT, 2018, p. 300

BENSAMOUN, A.
« La protection de l'oeuvre de l'esprit par le droit d'auteur : “qui trop embrasse mal étreint” » *in Recueil Dalloz*, 2010, p. 2919

BENSAMOUN, A. & SIRINELLI, P.
« Droit d'auteur vs liberté d'expression : suite et pas fin... » *in Recueil Dalloz*, 2015, p. 167

BENTLY, L.
« Copyright and the Death of the Author in Literature and Law » *in Modern Law Review*, vol. 57, n° 6, 1994, p. 977

BERNAULT, C.
« La protection des formes fonctionnelles par le droit de la propriété intellectuelle : le critère de la forme séparable de la fonction » *in Recueil Dalloz*, 2003, p. 957

BICTIN, N.
« Du désert à la scène: droit moral et contrat de représentation » *in Légipresse* n° 246, nov. 2007
« Le droit moral en France » *in Les Cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 25, n° 1, 2013, p. 308

BILLET, P.
« L'animal, prétexte d'une analyse renouvelée des relations juridiques entre l'homme et l'environnement » *in Les cahiers de la justice*, n° 4, 2019, p. 695

BRUGUIERE, J.-M.
« “Droits patrimoniaux” de la personnalité » in *RTD civ.,* 2016, p. 1

CABAY, J.
« “Qui veut gagner son procès ?” - L'avis du public dans l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur », *in A&M*, 2012, p. 13

CANIVET, G.
« La délicatesse du juriste - Eloge d'une pratique désirable » *in Politique(s) criminelle(s)*, Dalloz, 2014, p. 14

CARCASSONNE, G.
« Les interdits et la liberté d'expression » *in Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 36, juin 2012

CARLIER, J.-Y.
« Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 79, p. 175-204.

CARON, C.
« Les contrats d'exploitation de l'image de la personne », in *L'image*, 2005, p. 95.
« Un nouveau droit voisin est né: le droit patrimonial sur l'image » *in Comm. com. électr.*, 2006, comm. 4.

CAYLA, O.
« Dignité humaine : le plus flou des concepts », *in Le Monde*, 31 janvier 2003, p. 14
« Le coup d'État de droit ? », *in Le Débat*, n° 100, 1998, p. 108

CEDRAS, J.
« Liberté – Egalité – Contrat : Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation » *in Rapport annuel de la Cour de cassation*, Documentation française 2003, p. 186

CHENEDE, F.
« De l'autonomie de la volonté à la justice commutative » *in Droit & philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 155-181

CHEVALLIER, J.
« Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique » *in Revue du droit public et de la science politique,* 1998, n° 3, p. 659-714

CLEMENT-FONTAINE, M.
« Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? » *in Propriétés intellectuelles*, n° 26, 2008, p. 69-76

COHEN, D.
« La restauration du droit moral de l'artiste selon le droit français », in La restauration des objets d'art. Aspects juridiques et éthiques. Etudes en droit de l'art, Vol.6, Schulthess Polygraphischer Verlag AG et Bibliothèque des arts, 1995

CORDELIER, E.
« Un arbitrage sans concession de la Cour de cassation : l'acceptation des risques en butte à une "exclusion définitive" des terrains de sport ? », *in Recueil Dalloz*, 2003, p. 519

CORNU, M.
« L'espérance d'intangibilité dans la vie des œuvres » *in Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p.697.
« L'œuvre, l'auteur et la signature » *in Hypothèses,* vol. 9, n° 1, 2006, p. 385-390
« Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? » *in Recueil Dalloz*, 2009, p. 1907

DE POIX, G.
« Statut du mannequin », *in Legicom*, vol. 3, n° 9, 1995, p. 11

DE SUTTER, L.
« Une pratique comique du droit est-elle possible ? » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 60, n° 1, 2008, p. 157-171

DELAGE, P.-J.
« L'animal, la chose juridique et la chose pure » *in Recueil Dalloz*, 2014, p. 1097

DESBOIS, H.
« Le droit moral » *in RIDA,* n° 19, 1958, p. 124

DISSEAUX, N.
« Littérature et procès » *in Recueil Dalloz* 2017, p. 65

EDELMAN, B.
« La main et l'esprit » *in Recueil Dalloz*, 1980, p. 43
« Création et banalité » *in Recueil Dalloz*, 1983, p. 14
« L'homme aux cellules d'or » *in Recueil Dalloz*, 1989, p. 225
« La dignité de la personne humaine, un concept nouveau *in Recueil Dalloz*, 1997, p. 185
« Enquête sur le droit moral des artistes interprètes » *in Recueil Dalloz*, 1999, p. 240
« L'"image" d'une œuvre de l'esprit tombée dans le domaine public » *in Recueil Dalloz*, 2001, p. 770
« L'erreur sur la substance ou l'œuvre mise à nu par les artistes mêmes ! » *in Recueil Dalloz,* 2003, p. 436
« La création dans l'art contemporain », in *Recueil Dalloz*, 2009, p. 38
« Un arrêt énigmatique » *in Recueil Dalloz*, 2009, p. 263
« Morts à crédit » *in Recueil Dalloz*, 2009, p. 2019
« Entre le corps - objet profane - et le cadavre - objet sacré » *in Recueil Dalloz*, 2010, p. 2754
« La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché » » *in Recueil Dalloz*, 2011, p. 897

ELOI, C.
« Les hésitations du droit français sur la prostitution des majeurs. Étude à l'occasion de la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel (AN n° 1437) », *in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* vol. 4, n° 4, 2015, p. 813-825

EYRAUD, B. & VIDAL-NAQUET, P.
« La vulnérabilité saisie par le droit » *in Revue Justice Actualités*, 2013, p. 3-10

FABRE-MAGNAN, M.
« Le sadisme n'est pas un droit de l'homme » *in Recueil Dalloz*, 2005, p. 2973
« La dignité en Droit : un axiome » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 58, 2007, p. 1
« Le domaine de l'autonomie personnelle : Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *in Recueil Dalloz*, 2008, p. 31

FRISON-ROCHE, M.-A.
« Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats » *in RTD civ.* 1995, p. 57

GAILLARD, E.
« La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français » *in Recueil Dalloz*, 1984, p. 161

GALAN, D.
« L'accueil de l'œuvre "Paradis" dans le cénacle du droit d'auteur ou l'enfer de "La nouvelle Ève" » *in RLDI*, n° 45, 2009, p. 10-15

GALLOUX, J.-C.
« L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination ? » *in Recueil Dalloz*, 1999, p. 13

GALLOUX, J.-C.
« Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français *in Les Cahiers de droit*, vol. 30, n° 4, 1989, p. 1011-1032.

GAUDRAT, P.
« Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit » *in Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 201-221
JCl. Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1211, 2001
« Propriété littéraire et artistique : La propriété des créateurs » *in Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2007, n° 132
« De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur... Observations sur Civil 1ère, 13 novembre 2008 » *in RIDA*, n° 220, 2009, p. 93

GAUTIER, P.-Y.
« Retour au Moyen-Âge : le droit moral dévasté par la balance des intérêts » *in Dalloz IP/IT*, 2019, p. 101

GENDREAU, Y.
« Le critère de fixation en droit d'auteur » *in RIDA*, vol. 159, 1994, p. 147

GOBERT, M.
« Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes » in *RTD civ.*, ,1992, p. 489

HASSLER, T.
« Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image » in *Légipresse* 2007, II, p. 123

HAUSER, J.
« L'enfant ou l'enfance ? Le droit à l'image » *in Recueil Dalloz,* 2010, p. 214

JOLY, S.
« Le corps humain, œuvre d'art ? » in *L'art contemporain confronté au droit, Actes du séminaire de l'Institut Art & Droit tenu le jeudi 8 juin 2006,*

JOSSERAND, L.
« La personne humaine dans le commerce juridique » *in Recueil Dalloz,* 1932, Chron., p. 1-4

KEARNS, P.
« Not a Question of Art: Regina v. Gibson Regina v. Sylveire » *in International Journal of Cultural Property*, vol. 1, n° 2, 1992, p. 383-388

GIVANOVITCH, T.
« Le suicide est-il un des droits de l'homme ? », *RID pén.*, 1952, p. 410

LABBEE, X.
« La dépouille mortelle est une chose sacrée » in *Recueil Dalloz*, 1997, p. 376
« La valeur de la dépouille mortelle chose sacrée » *in Etudes sur la mort*, vol. 129, n° 1, 2006, p. 69-77.

LAVAUD-LEGENDRE, B.
« La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un "droit de la vulnérabilité" en construction » *in Revue de droit sanitaire et social*, 2010, p. 520.

LAVIGNE, J.
« Le service sexuel comme « service artistique » : la dissolution du sexe pour une éthique minimale du travail du sexe » *in Les ateliers de l'éthique*, vol. 7(1), 2012, p. 4–23.

LE CHEVALIER, P.
« Pour une protection des mises en scène théâtrales par le droit d'auteur » *in RIDA*, n° 146, 1990, p. 19-123.

LEBOIS, A.
« Droit d'auteur et corps humain : le corps comme support d'une œuvre de l'esprit » *in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 531

LEFRANC, D.
« De la représentation pornographique de l'enfance dans un dessin animé » *in Recueil Dalloz,* 2008, p. 827
« "La liberté de l'art et l'exception artistique" : Libres propos sur un colloque genevois » *in Légipresse*, n° 286, 2011, p. 477-480.
« L'art affolant : qu'est-ce qu'une œuvre pornographique ? » *in Juris art etc.*, n°22, 2015, p.18

LEPAGE, A.
« Liberté d'expression - La dignité du président de la République à l'épreuve de sa poupée vaudou » *in Communication Commerce électronique*, fév. 2009, comm. 17.
« Un nouveau délit d'entrave dans le Code pénal : l'entrave à la liberté de la création artistique », *in Legicom,* n° 58, 2017, p. 55-64.

LEPRINCE, C.
« Le transsexualisme, évolution contemporaine des idées et du droit », *in Revue juridique de l'Ouest*, vol. 2, 2008, p. 133-182

LEWIS, T.
« Human Earrings, Human Rights and Public Decency » *in Entertainment Law,* vol. 1, n°2, 2001, p. 50–71.

LOISEAU, G.
« Pour un droit des choses » *in Recueil Dalloz*, 2006, p. 3015

LUCAS-SCHLOETTER, A.
« Le droit moral en Allemagne » *in Les Cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 25, n° 1, p. 51
« Définir l'œuvre, le défi du droit d'auteur » *in Recueil Dalloz,* 2014, p. 2007

MAFFESOLI, S.-M.
« Le traitement juridique de la prostitution », *in Sociétés,* vol. 1, n° 99, 2008, p. 33-46.

MAFFRE-BAUGE, A.
« Quel droit moral pour l'œuvre d'art » *in Légicom*, n° 36, 2006, p. 91-100

MARAIN, G.
« Choses hors commerce et notions voisines » *in Droits*, vol. 2 n° 62, 2015, p. 205-216

MARGUENAUD, J.-P. & BURGAT, F.
« La personnalité animale » *in Recueil Dalloz*, 2020, p. 28

MARGUENAUD, J.-P. & PERROT, X.
« Le droit animalier, de l'anecdotique au fondamental » *in Recueil Dalloz*, 2017, p. 996

MARINO, L.
« Les contrats portant sur l'image des personnes » *in Comm. com. électr.,* n° 3, 2003, chron. 7

MATHIEU, B.
« Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des Droits de l'homme » *in Recueil Dalloz*, 1995, p. 211.
« De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », *in Dalloz*, 2005, p. 1649

MAZUYER, E.
« Le corps et le droit du travail : au cœur d'un paradoxe », *in La Revue des droits de l'homme*, n° 8, 2015

MBONGO, P.
« Réflexion sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste » *in Légipresse,* n° 213, juil-août 2004, p. 85.
« Artistes au tribunal ? Sur l'exposition "Présumés innocents" » *in Esprit*, fév. 2007, p. 184-187.
« La banalisation du concept de "censure" » *in Pouvoirs,* n° 130, 2009, p. 17-30.

MOURON, P.
« La liberté de création artistique au sens de la loi du 7 juillet 2016 » *in Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n° 30, 2017
« L'icône et l'œuvre de l'esprit » *in Annuaire Droit et religions*, vol. 7, t. I, 2013-2014, p. 56

MOYSE, P.-E.
« La nature du droit d'auteur: droit de propriété ou monopole? » *in McGill Law Journal*, vol. 43, n° 1, 1998, p. 507-563.

Musée du Quai Branly, *Version française retranscrite du symposium international « Des collections anatomiques aux objets de culte : conservation et exposition des restes humains dans les musées »*, 22 et 23 février 2008

NICAUD, B.
« La responsabilité pénale de l'écrivain » *in Droit & Littérature*, n° 1, 2017, p. 55

« Nonbinding Bondage » *in Harvard Law Review*, vol. 128, n° 2, 2014, p. 713–734.

OKIN, S. M.
« Feminism, the Individual, and Contract Theory », *in Ethics*, vol. 100, n° 3, 1990, p. 658-669

PAVIS, M.
« Is there Anybody on Stage? A Legal (Mis)Understanding of Performances » *in Journal of World Intellectual Property*, n° 19, 2016, p. 99–114

PENNEAU, J. & TERRIER, E.
« Corps humain – Bioéthique » *in Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2019, § 443

PERBOST, F.
« Le jardin saisi par le droit d'auteur » *in Recueil Dalloz*, 2002, p. 3257

PETIT, J.
« Les ordonnances Dieudonné : séparer le bon grain de l'ivraie » *in AJDA,* 2014, p. 866

PFISTER, L.
« La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle » *in RIDA*, n° 205, 2005, p. 117
JCL n°1110 « Histoire du droit d'auteur », LexisNexis, 2010.

PIERRON, J.-P.
« La vulnérabilité, un concept pour le droit et la pratique judiciaire » *in Les cahiers de la justice*, 2019, p. 569

PIN, X.
« Le consentement à lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? » *in Droits*, vol.1, n° 49, 2009

POLLAUD-DULIAN, F.
« Abus de droit et droit moral » *in Recueil Dalloz,* 1993, p. 102

PORCIN, A.
« Corps d'œuvre » *in Lex Electronica*, vol. 15 n° 2, 2010

QUESNE, A.
« Le contrat de prostitution : entre ombre et lumière », *in Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 15, 2017, p. 65-75

QUIRINY, B.
« Ordonnances *Dieudonné*, suite et reflux » *in Recueil Dalloz*, 2015, p. 544

QUIVIGER, P.-Y.
« Du droit au consentement, sur quelques figures contemporaines du paternalisme, des sadomasochistes aux Témoins de Jéhovah » in *Raisons politiques*, 2012 (n°46), p. 79

REBOUL-MAUPIN, N.
« Nos amis, les animaux… sont désormais doués de sensibilité : un tournant et des tourments ! » *in Recueil Dalloz*, 2015, p. 573

REVET, T.
« Le corps humain est-il une chose appropriée ? » *in RTD Civ*., 2017, p. 587

ROBERT, J.
« Rapport sur le corps humain et la liberté individuelle en droit français » *in Le corps humain et le droit*, *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXVI, Dalloz, 1977, p. 474

ROMAN, D.
« A corps défendant, La protection de l'individu contre lui-même », *in Recueil Dalloz,* 2007, p. 1284
« Vulnérabilité et droits fondamentaux – Rapport de synthèse » *in RDLF,* 2019, chron. n°19

ROSTEIN, R.
« Beyond metaphor: Copyright Infringement and the Fiction of the Work » *in Chicago Kent Law Review*, vol. 68, p. 725-804

ROUX-DEMARE, F.-X.
« La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe » *in Les cahiers de la justice*, 2019, p. 619

RUET, C.

« La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » *in Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, p. 317

SAILLANT-MARAGHNI, E.

« Interrogations sur la nouvelle ordonnance *Dieudonné* », *in AJDA,* 2015, p. 1658

SALVAGE, P.

« Le consentement en droit pénal » *in Rev. sc. crim.*, 1991, p. 699

SCHLAG, P.

« The Aesthetics of American Law » *in Harvard Law Review*, vol. 115, n° 4, 2002, p. 1047-1118

SCOTT R. & HEBRARD, J.

« Esclavage et droit » *in Genèses*, vol. 66, n° 1, 2007

SEILLER, B.

« La censure a toujours tort » *in AJDA*, 2014, p. 129

SIRINELLI, P.

« Propriété littéraire et artistique (novembre 2005 - août 2006) » *in Recueil Dalloz*, 2006, p. 2991

« Premières vues sur la loi Création » *in Dalloz IP/IT*, 2017, p. 193

SIRINELLI, P. (prés.)

Industrie culturelle et nouvelles techniques, Rapport au Ministère de la Culture, La documentation française, 1994

SKRZYPNIAK, H.

« La responsabilité civile de l'écrivain » *in Droit & Littérature*, n° 1, 2017, p. 29-43

STROWEL, A.
« L'œuvre selon le droit d'auteur » *in Droit,* vol. 18, 1993, p. 79-88

TAFFOREAU, P.
« La notion d'interprétation en droit de la propriété littéraire et artistique » in *Propriétés Intellectuelles*, n° 18, 2006, p. 54

TANG, X.
« The Artist as Brand: Toward a Trademark Conception of Moral Rights » *in The Yale Law Journal*, vol. 122, n° 1, 2012, p. 218-257

TERRE, F.
« Du suicide en droit civil » *in Mélanges Weill*, Dalloz, 1983, p. 526

THIERRY, J.-B.
« Contours et détours : l'exhibition sexuelle selon la Cour de cassation » *in AJ Pénal*, 2020, p. 247

THOMAS, Y.
« Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit » in Le Débat, n° 100, 1998, p. 85-107

TREPPOZ, E.
« L'art contemporain entre droit d'auteur et droit à l'image » *in Recueil Dalloz*, 2005, p. 1237
« Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain ? » *in RIDA*, n° 204, 2005, p. 50
« "La nouvelle Eve" au "Paradis" du droit d'auteur » *in Recueil Dalloz*, 2006, p. 1051
« Retour sur le Paradis » *in RLDI*, n° 48, 2009, p. 8
« Pour une attention particulière du droit à la création : l'exemple des fictions littéraires » *in Recueil Dalloz*, 2011, p. 2487

TRICOIRE, A.
« Quand la fiction exclut le délit, ou la reconnaissance de l'autonomie de la liberté de créer » *in Légipresse*, n° 240, 1er avril 2007, p. 74.

« Orlan contre Lady Gaga : l'intention artistique comme grille de lecture de l'œuvre d'art (enfin !) » *in Le quotidien de l'art*, 2016, n° 1124
« L'autonomie de la liberté de création ? » *in Legicom*, n° 58, 2017, p. 53

VANUXEM, S.
« Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieux » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 64, n° 1, 2010, p. 123-182

VARNEROT, V.
« La fictionnalisation de la vie privée » *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 64, 2010, p. 183-244

VINANT, A.
« Le danseur, interprète et/ou auteur ? » *in Recherches en danse,* n° 2, 2014

VIVANT, M.
« Brèves réflexions sur le droit d'auteur suscitées par le problème de la protection des logiciels » *in Informatica et diritto*, vol. 2, 1984, p. 73
« Les métamorphoses de l'œuvre - Des Mythologies aux mythes informatiques » *in Recueil Dalloz*, 2010, p. 776
« Le droit moral sous un regard français » *in Les Cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 25, n° 1, 2013, p. 379
« La création littéraire » *in Droit & littérature*, n° 1, 2017, p. 221

WALRAVENS, N.
« La protection de l'œuvre d'art et le droit moral de l'artiste » *in RIDA*, n° 181, 1999, p. 108
« Le choix, critère déterminant de l'originalité de Paradis » *in RLDI*, n° 19, 2006, p. 8
« Consécration de la protection de Paradis, œuvre d'Art conceptuel, par la Cour de cassation » *in RLDI,* n° 47, 2009, p. 13
« Les tables d'Yves Klein, peintre de l'Immatériel, protégées par le droit d'auteur » *in RLDI*, n° 70, 2011, p. 6

ZOLLINGER, A.
« Droit d'auteur et liberté d'expression - Comment procéder à la balance des intérêts in concreto ? » *in Communication Commerce électronique*, avr. 2017

II. Références extra-juridiques

A. Ouvrages

AGULLO, Y.
La signature dans l'art depuis les années 1960 – Identités et singularités, Université de Pau, 2016

ALBERRO, A. & STIMSON, B. (dir.)
Conceptual Art : A Critical Anthology, MIT Press, 1999

ALESSANDRIN, A.
Sociologie des transidentités, Editions Le Cavalier Bleu, 2018

ARDENNE, P.
L'image corps, Editions du Regard, 2001
Un art contextuel, Flammarion, 2002

ARGUEL, M. (dir.)
Danse, le Corps enjeu, PUF, 1992

ARTAUD, A.
Le théâtre et son double, Gallimard, 1938

BARTHES, R.
La chambre claire. Note sur la photographie, Gallimard, 1980
L'Obvie et l'obtus, Seuil, 1982
Le Bruissement de la langue, Seuil, 1993

BECKER, H.
Les mondes de l'art, Flammarion, 1988

BEGOC, J., BOULOUCH, N. & ZABUNYAN, E. (dir.)
La performance, Entre archives et pratiques contemporaines, Presses universitaires de Rennes, 2011

BENICHOU, A.
Ouvrir le document. Enjeux et pratiques de la documentation dans les arts visuels contemporains, Les presses du réel, 2010

BENJAMIN, W.
L'Homme, le langage et la culture, Denoël-Gonthier, 1971
L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique, Allia, 2011

BERGER, J.
Voir le voir, Editions Alain Moreau, 1976

BISHOP, C.
Participation – Documents of Contemporary Art, MIT Press, 2006
Artificial Hells: Participatory Art and the Politics of Spectatorship, Verso, 2012

BLANCKART, C. (éd.)
La Vénus hottentote : Entre Barnum et Muséum, Publications scientifiques du Muséum, 2013

BOURDIEU, P. & DARBEL, A.
L'amour de l'art : Les musées d'art européens et leur public, Editions de Minuit, 1966

BREUIL, M.-H. (dir.)
Restauration et non-restauration en art contemporain, ARSET, 2008

BUTLER, J.
Défaire le genre, Editions Amsterdam, 2016

CHARBONNIER, G.
Le Monologue du peintre, Editions de la Villette, 2002

CHARTIER, R.
Culture écrite et société, Albin Michel, 1996

CHATEAU, D. & LEMAN, C. (dir.)
Représentation et modernité, Publications de la Sorbonne, 2003

CLARK, K.
Le Nu, Hachette, 1969

DANTO, A.
La transfiguration du banal, Le Seuil, 1989

DAVID, A.
La structure de la personne humaine, PUF, 1955

DE BEAUVOIR, S.
Le deuxième sexe I, Gallimard, 1949
Le deuxième sexe II, Gallimard, 1949

DE MEREDIEU, F.
Histoire matérielle et immatérielle de l'art moderne, Larousse, 2004

DE QUINCEY, T.
De l'Assassinat considéré comme un des Beaux-Arts, Gallimard, 2002

DELEUZE
Présentation de Sacher-Masoch, Editions de Minuit, 2007
Lettres et autres textes, Editions de Minuit, 2015

DELPEUX, S.
Le corps-caméra : Le performer et son image, Textuel, 2010

DERRIDA, J.
La vérité en peinture, Flammarion, 1978

DIDI HUBERMAN, G.
Ce que nous voyons, ce qui nous regarde, Editions de Minuit, 1992
Devant le temps : histoire de l'art et anachronisme des images, Editions de Minuit, 2000

ECO, U.
L'œuvre ouverte, Points, 2015

ECO, U. (dir.)
Histoire de la beauté, Flammarion, 2004

EDELMAN, B. & HEINICH, N.
L'art en conflit. L'œuvre de l'esprit entre droit et sociologie, La Découverte, 2002

ELIADE, M.
Le Sacré et le Profane, 1957, Gallimard, 2001

GELL, A.
Art and Agency, Clarendon Press, 1998

GENETTE, G.
L'œuvre de l'art : Immanence et transcendance, Seuil, 2010

GILLIGAN, C.
Une voix différente, Flammarion 2019

GOFFMAN, E.
Stigmate : Les usages sociaux du handicap, Editions de Minuit, 1975

GOLDBERG, R.
Performances : L'art en action, Thames &Hudson, 1999

La Performance : Du futurisme à nos jours, Thames & Hudson, 2012

GOODMAN, N.
Langages de l'art, Jacqueline Chambon, 1990
Manières de faire des mondes, Gallimard, 2006

GREENBERG, C.
Art et Culture, essais critiques, Macula, 1988

GUILLAUMIN, C.
L'idéologie raciste. Genèse et langage actuel, Mouton, 1972

HEATHFIELD, A. (ed.)
Live: Art and Performance, Tate Publishing, 2004

HEGEL, G.
Introduction à l'esthétique, Flammarion, 1979

HEINICH, N.
Du peintre à l'artiste. Artisans et académiciens à l'âge classique, Editions de Minuit, 1993
Le triple jeu de l'art contemporain. Sociologie des arts plastiques, Editions de Minuit, 1998
L'élite artiste. Excellence et singularité en régime démocratique, Gallimard, 2005
Le paradigme de l'art contemporain. Structures d'une révolution artistique, Gallimard, 2014

HERRMANN, G., REYMOND, F. & VALLOS, F. (dir.)
Art conceptuel. Une entologie, Editions Mix, 2008

JAMESON, F.
The Cultural Turn. Selected Writings 1938-1998, Verso, 1998

JEUDY, H.-P.
Le corps comme objet d'art, Armand Colin, 1998

JIMENEZ, M.
Qu'est-ce que l'esthétique ?, Gallimard, 1997
La querelle de l'art contemporain, Gallimard, 2005

JONES, A.
Body Art/Performing the Subject, University of Minnesota Press, 1998

JUNO, A. & VALE, V.
Bob Flanagan: Supermasochist, RE/Search, 1993

KAPROW, A.
L'art et la vie confondus, Editions du Centre Pompidou, 1996

KLEIN, Y.
Le dépassement de la problématique de l'art et autres écrits, Beaux-Arts de Paris, 2003

KRYSA, J. (éd.)
Curating Immateriality: The Work of the Curator in the Age of Network Systems, Autonomedia, 2006

LAHIRE, B.
Ceci n'est pas qu'un tableau : Essai sur l'art, la domination, la magie et le sacré, La Découverte, 2015

LANEYRIE-DAGEN, N. & DIEBOLD, J.
L'invention du corps : la représentation de l'homme du Moyen âge à la fin du XIXe siècle, Flammarion, 1997

LAVOCAT, F.
Fait et fiction, Seuil, 2016

LE BRETON, D.
L'adieu au corps, Métailié, 1999
Signes d'identité. Tatouage, piercing et autres marques corporelles, Métailié, 2002

La Peau et la Trace. Sur les blessures de soi, Métailié, 2003
Le tatouage ou la signature de soi, Casimiro, 2014

LIPPARD, L.
Six Years – The Dematerialization of the Art Object from 1966 to 1972, University of Califormia Press, 1997

MACKENZIE, C. & N. STOLJAR (ed.)
Relational Autonomy Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self, Oxford University Press 2000

MARA DE WACHTER, E.
Co-Art: Artists on Creative Collaboration, Phaidon, 2017

MARZANO, M.
Penser le corps, PUF, 2002
Je consens donc je suis…, PUF, 2006

MARZANO, M. (dir.)
Dictionnaire du corps, PUF, 2007

MATHIEU, N.-C.
L'anatomie politique, catégorisations et idéologies du sexe, Editions Côté-femmes, 1991

MERLEAU PONTY, M.
Phénoménologie de la perception, Gallimard, 1976.
L'Œil et l'Esprit, Gallimard, 1985

MICHAUD, Y.
L'Art à l'état gazeux, Stock, 2003

MILLET, C.
L'art contemporain - Histoire et géographie, Flammarion, 2006

MOUREAU, N. & SAGOT-DUVAUROUX, D.
Le marché de l'art contemporain, La Découverte, 2016

NACHTERGAEL, M.
Roland Barthes Contemporain, Max Milo, 2015

NEAD, L.
The Female, Nude: Art, Obscenity and Sexuality, Routledge, 1992

NICOLAS-LE STRAT, P.
Une sociologie du travail artistique, L'Harmattan, 1999

O'DELL, K.
Contract with the skin, University of Minnesota Press, 1998

O'REILY, S.
The Body in Contemporary Art, Thames & Hudson, 2009

OGIEN, R.
La liberté d'offenser - Le sexe, l'art et la morale, La Musardine, 2007

PANE G.
Lettre à une inconnue, ENSBA, 2004

PATERMAN, C.
Le contrat sexuel, La Découverte, 2010

PERRIN, C. (dir.)
Corps et témoignage, Presses universitaires de Caen, 2006

PHELAN, P.
Unmarked: The Politics of Performance, Psychology Press, 1993

PIERRAT, E.
Nouvelles morales, nouvelles censures, Gallimard, 2018

PIERRAT, E. (dir.)
Le Livre noir de la censure, Seuil, 2008

PIGNARD, I.
La liberté de création, Université Nice Sophia Antipolis, 2013

POPPER, F.
Art, action et participation : l'artiste et la créativité aujourd'hui, Klincksieck, 2007

POUILLAUDE, F.
Le désoeuvrement chorégraphique - Etude sur la notion d'oeuvre en danse, 2009, Vrin

PRECIADO, B.
Testo Junkie : Sexe, drogue et biopolitique, Grasset, 2008

PUGNET, N.
L'Effacement de l'artiste : essais sur l'art des années 1960 et 1970, La Lettre volée, 2012

RICHARDS, M.
Marina Abramovic, Routledge, 2010

RIOUT, D.
Yves Klein manifester l'immatériel, Gallimard, 2004
Qu'est-ce que l'art moderne ?, Gallimard, 2014

ROLLE, V.
L'art de tatouer : la pratique d'un métier créatif, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 2015

SARTRE, J.-P.
L'imaginaire, Folio, 1986

SATO, J. (dir.)
L'artiste en personne, Presses universitaires de Rennes, 1998

SCHAEFFER, J.-M.
Pourquoi la fiction ?, Seuil, 1999

SOLILLOU, J.
L'impunité de l'art, Editions du Seuil, 1995

SOULADIE, C.
La performance dans les arts plastiques aujourd'hui : tatouages et piercings, Thèse, Art et histoire de l'art. Université Michel de Montaigne - Bordeaux III, 2012

TAYLOR, C.
Le Malaise de la modernité, Lexio, 2015

THOMAS, M.-Y., ESPINEIRA, K. & ALESSANDRIN, A.
Transidentés – Histoire d'une dépathologisation, L'Harmattan, 2013

TRONTO, J.
Un monde vulnérable, La Découverte, 2009

VAN GELDER, H. & WEESTGEEST, H. (éd.)
Photography between Poetics and Politics, Leuven University Press, 2008

VERCHERAND, J.
Le marché du travail : L'esprit libéral et la revanche du politique, Peter Lang, 2017

VERGINE, L.
Body Art and Performance. The Body as Language, Skira, 2000

VIGARELLO, G
Histoire de la beauté. Le corps et l'art d'embellir de la Renaissance à nos jours, Seuil, 2004

WARD, F.
No innocent bystander: performance art and audience, Dartmouth, 2012

WARR, T. & JONES, A.
Le corps de l'artiste, Phaidon, 2005

WISTON, A.
Marina Abramovic; Methods for establishing performance art in the gallery and museum system, City University of New York, 2014

B. Articles et autres publications

ARDENNE, P.
« L'art furtif, stade ultime, et vain, de la micro-intervention ? » *in Inter*, n° 120, 2015, p. 60–64

AUSLANDER, P.
« The Performativity of Performance Documentation » *in PAJ: A Journal of Performance and Art,* vol. 84*,* 2006, p. 1-10

BEGOC, J.
« L'histoire de la performance selon Marina Abramović ou "L'art de faire parler les fantômes en public" » *in Ligeia*, vol. 121-124, n° 1, 2013, p. 59-75

BEGUET, D. & LEDOUX, P.-N.
« Entretien à propos de Ludovic Chemarin© » *in Multitudes*, vol. 57, n° 3, 2014, p. 107

BISHOP, C.
« Delegated Performance: Outsourcing Authenticity », *in October*, n° 140, 2012, p. 91–112

BOURDIEU, P.
« Le corps et le sacré », *in Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 104, 1994, p. 2

BUREN, D.
« Inventer un autre terme ? » *in Rue Descartes*, vol. 69, n°. 3, 2010, p. 66-75

BUTLER, J., GAMBETTI, Z. & SABSAY, L. (ed.)
Vulnerability in Resistance, Duke University Press, 2016

BLANCKART, O.
« La loi doit protéger les artistes contre la violence » *in Le Monde*, 28 sept. 2015

BRUGERE, F.
« La disparition de l'œuvre. Questions à Frédéric Pouillaude » *in Nouvelle revue d'esthétique*, vol. n °8, n° 2, 2011, p. 121-128

CADAUREILLE, C.
« L'irresponsabilité pour une liberté transgressive » *in Marges*, n° 9, 2009, p. 51-67

CERVULLE, M.
« Exposer le racisme. Exhibit B et le public oppositionnel » *in Études de communication*, vol. 48, n° 1, 2017, p. 37-54

CHAILLET, J., COHEN, M. & HOUNTOU, J.
« Gina Pane ou l'art corporel d'une plasticienne » *in Chimères*, vol. 62, n° 3, 2006, p. 33

CHANAY, P.
« Becker, le marqué » *in Quasimodo*, n° 7 (« Modifications corporelles »), printemps 2003, Montpellier, p. 105-112

CHEVALIER, P.
« De l'art processuel : dérivations sémantiques et esthétiques de l'œuvre » *in Nouvelle revue d'esthétique,* vol. 8, n° 2, 2011, p. 31-39

CLARK, T.J.
« Preliminaries to a Possible Treatment of Olympia in 1865 » *in Screen*, vol. 21, n° 1, 1980,

CLOUTEAU, I.
« Activation des œuvres d'art contemporain et prescriptions auctoriales » *in Culture & Musées*, n°3, 2004, p. 23-44

CONNON, D.
« *Confused? You Will Be: Genet's Les Nègres And The Art Of Upsetting The Audience* » *in French Studies*, vol. L, n° 4, 1996, p. 425-438

DE DUVE, T.
« Performance ici et maintenant – L'art minimal, un plaidoyer pour un nouveau théâtre » in *Alternatives théâtrales* (n° 6-7), janvier 1981, p. 42

DICKIE, G.
« Defining Art » *in American Philosophical Quarterly*, vol. 6, n°. 3, juil. 1969, p. 253-256

DONGUY, J.
« Michel Journiac et Jacques Donguy, Paris, mars 1985 » et « Michel Journiac et Sylviane Gouirand, Paris, février 1995 » *in L'art au corps, Musée de Marseille - Réunion des muses nationaux*, 1996, p. 190-205

FÉRAL, J.
« What Is Left of Performance Art? Autopsy of a Function, Birth of a Genre *» in Discourse*, Vol. 14, No. 2, *Performance Issue(s): Happening, Body, Spectacle, Virtual Reality*, Wayne State University Press, Spring 1992, p. 142-162

FERAL, J.
« De la performance à la performativité », *in Communications*, n° 92, 2013, p. 205-218

FOUCAULT, M.
« Qu'est-ce qu'un auteur ? » (1969) *in Dits et écrits 1954-1988*, tome I, Gallimard, 1994, p. 789-821

FUSCO, C.
« The Other History of Intercultural Performance » *in The Drama Review*, Vol. 38, n° 1, 1994, p. 143-167

GAUTHIER, M.
« Tino Sehgal : la loi du *live* » *in Les Cahiers du Musée national d'art moderne*, n° 101, 2007

GIGUERE, A.
« Acquérir *This Situation* de Tino Sehgal. Entretiens avec Josée Bélisle, Marie Fraser, Lesley Johnstone et Anne-Marie Zeppetelli » *in Muséologies*, vol. 7, n° 1, 2014, p. 225–237

GREENBERG, C.
« La peinture moderniste » *in Appareil*, n° 17, 2016

HEINICH, N.
« Une dérive de la notion de "liberté de création" » *in Libération*, 28 février 2016

HEINICH, N. & JOURNET, N.
« La course aux avant-gardes, le jeu de l'art contemporain » *in Les Grands Dossiers des Sciences Humaines*, vol. 38, n°. 3, 2015, p. 18

HOUNTOU, J.
« La blessure chez Gina Pane : un langage polysémique » *in Ligeia*, vol. 97-100, n° 1, 2010, p. 17

IACUB, M.
« Les dangers de l'exception artistique » *in Artpress*, n° 326, sept. 2006

IACUB, M., MILLET, C. & ROBBE-GRILLET, C.
« Ni coupables, ni victimes : libres de se prostituer », *in Le Monde*, 8 janvier 2002

JAMESON, F.
« Postmodernism, or The Cultural Logic of Late Capitalism » *in New Left Review*, n° 146, 1984, p. 62 et s.

JAY, M.
« The Aesthetic Alibi » *in Salmagundi*, n° 93, 1992, p. 17

JONES, A.
« ‘Presence’ in Absentia: Experiencing Performance as Documentation » *in Art Journal*, vol. 56, n° 4, 1997, p. 16.
« "The Artist is Present": Artistic Re-enactments and the Impossibility of Presence » *in TDR*, vol. 55, n° 1, 2011, p. 35

KELLY, M.
« Re-viewing Modern Criticism » *in Screen*, vol. 22, n° 3, 1981, p. 41-52

KIRSHENBLATT-GIMBLETT, B.
« The Ethnographic Burlesque » *in The Drama Review*, vol. 42, n° 2, 1998, p. 175-180

KORFF SAUSSE, S.
« Quelques réflexions psychanalytiques sur le Body Art », *in Champ psychosomatique*, vol. 4, n° 36, 2004, p. 171-183
« Le corps extrême dans l'art contemporain » *in Champ psychosomatique*, n° 42, 2006, p. 85-97
« La mise en images du corps handicapé dans l’art contemporain » *in Alter*, vol. 4, n° 2, 2010, p. 82-93

LACHAUD, J.-M. & LAHUERTA, C.
« De la dimension critique du corps en actes dans l'art contemporain » *in Actuel Marx*, vol. 41, n° 1, 2007, p. 84-98

LAPALU, S.
« Following Piece : l’a posteriori du dispositif indiciel » *in Marges*, n° 20, 2015, p. 103-118

LE BRETON, D.
« Body Art : la blessure comme œuvre chez Gina Pane », in *Communications*, n° 92, 2013, p. 104

« Le monde à fleur de peau : sur le tatouage contemporain » i*n Hermès, La Revue*, vol. 74, n° 1, 2016, p. 132

LEVINE, A.
« Marina Abramovic's Time: The Artist is Present at the Museum of Modern Art » *in E-Misférica, Performance and Politics in the Americas*, vol. 7, n° 2, 2011

LEVY, C. & QUEMIN, A.
« Stéréotypes genrés dans l'œuvre, reconnaissance esthétique et succès marchand d'une artiste plasticienne : le cas de Marina Abramović » *in Sociologie de l'Art,* vol. 18, n° 3, 2011, p. 53-71

LEWITT, S.
« Paragraphs on Conceptual Art » *in Artforum,* June 1967
« Sentences on Conceptual Art » *in Art-Language*, vol. 1, n° 1, May 1969

FERRANDO, B.
« A partir d'Artaud » *in Inter*, n° 105, 2010

GIGUERE, A.
« Documentation et muséalisation de la performance » *in Culture & Musées*, n° 22, 2013, p. 113-136

GOFFAUX CALLEBAUT, G., GUEVEL, D. & SEUBE, J.-B. (dir.)
Droit(s) et street art : de la transgression à l'artification, LGDJ, 2017

LAUNET, E.
« Morts à profit » *in Libération*, 14 mai 2009, p. 30-31

LE COZ, P.
« Pourquoi l'exhibition des cadavres a-t-elle été interdite en France ? » *in Corps*, vol. 11, n° 1, 2013, p. 79-86

LURY, C.
« Contemplating 'a self-portrait as a pharmacist': a trade mark style of doing art and science » *in Theory, Culture & Society*, n° 22, 2005, p. 93-110

MACKINNON, C. & DE GASQUET, B.
« Sexuality », *in Raisons politiques*, vol. 46, n° 2, 2012, p. 101-130

MADER R. & SCHWEIZER, N.
« “Your Body is a Battleground” De quelques objets de l'histoire de l'art » *in Nouvelles Questions Féministes*, vol. 24, n° 1, 2005

MAIGRET, J. & PERCHET, C.
« *Oh Chris, my hero !...* L’expérimentation du corps par Chris Burden » *in Quasimodo* n°5, Printemps 1998, p. 103-107

MAISETTI, A.
« Koltès – L’injouable du corps », *in Agôn*, n° 7, 2015

MARCOLINI, P.
« Les paradoxes d’un “art sans art” » *in Cités*, vol. 75, n° 3, 2018, p. 69-79

MASSIN, M.
« L’art désacralisé » *in La vie des idées*, 11 novembre 2013

MCCLEAN, D.
« The Artist’s Contract: from the Contract of Aesthetics to the Aesthetics of the Contract » *in Mousse Magazine*, n° 25, 2010, p. 194

MOISAN, J.
« Border Crossing » *in High Performance*, vol. 2 n° 5, 1979, p. 6

MONACHESI RIBEIRO, A.
« Le corps et le féminin dans l'art contemporain » *in Recherches en psychanalyse*, vol. 9, n° 1, 2010, p. 113-131

MOULIN, R.
« La genèse de la rareté artistique » *in Ethnologie française*, t. 8, n° 2/3, 1978, p. 250 et s.

MULVEY, L.
« Visual Pleasure and Narrative Cinema » *in Screen*, vol.16, n° 3, 1975

NEAU, F.
« L'action corporelle en images : notes sur le travail de Gina Pane » in *Champ psychosomatique*, vol. 52, n° 4, 2008, p. 105-121

O'DELL, K.
« Displacing the Haptic: Performance Art, the Photographic Document, and the 1970s » *in Performance Research: A Journal of Performing Arts*, vol. 2, n°1, 1997, p. 73-81

O'DOHERTY, B.
Inside the White Cube: The Ideology of the Gallery Space, The Lapis Press, 1986

ORLAN
« Surtout pas sage comme une image… » *in Quasimodo*, n° 5, 1998, p. 99-100

OST, F. & VAN DE KERCHOVE, M.
« L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée » in *Les bonnes moeurs*, CURAPP, 1993

PEQUIGNOT, B.
« De la performance dans les arts - Limites et réussites d'une contestation » *in Communications*, vol. 92, n° 1, 2013, p. 9-20

PERRIER, M.
« Pour un geste du préalable, lorsque l'intention se fait forme » *in Appareil*, n° 8, 2011

PERRIN, J.
« Le nu féminin en mouvement » in *Communications*, n° 92, 2013, p. 173-182

PICKELS, A.
« Performance : de l'évasion du marché à la conformation au marché » *in Ligeia*, vol. 117-120, n° 2, 2012, p. 140-145

PIETERS, C.
« L'anatomie entre art et science au XVIe siècle : autopsie d'un regard » *in Communication et langages*, n° 127, 2001, p. 61-77

PLUCHART, F.
« Manifestes de l'art corporel » *in L'art au corps,* Musée de Marseille - Réunion des musées nationaux, 1996, p. 472-478

ROBINSON, H.
« Actionmyth, historypanic: the entry of VALIE EXPORT's aktionhose: genitalpanik into art history » *in n. paradoxa: international feminist art journal*, vol. 32, 2013, p. 84-89

ROLLE, V.
« L'art de tatouer. Des qualités du travail aux qualifications de l'exécutant » *in Sociologie de l'Art*, vol. 21, n° 3, 2012, p. 65-83

ROSE, M.
« The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship » *in Representations*, n° 23, 1988, p. 54

ROSS, C.
« The Paradoxical Bodies of Contemporary Art » *in* A. Jones (éd.), *A Companion to Contemporary Art since 1945*, Blackwell, 2006, p. 378

SAPIRO, G.
« Droit et histoire de la littérature : la construction de la notion d'auteur » *in Revue d'histoire du XIXe siècle*, n° 48, 2014

SHANKS, G.
« Lying with a Speaking Spine: Reperforming Marina Abramovic's Nude with Skeleton », *in Journal of Dramatic Theory and Criticism*, vol. 27, 2012, p. 109-123

SCHICHARIN, L.
« La performativité du corps chez Deborah de Robertis. Ambivalences dans les espaces visuels du féminisme contemporain » *in Genre, sexualité & société*, hors-série n° 3, 2018

SHUSTERMAN, R.
« Le corps et les arts : le besoin de soma-esthétique » *in Diogène*, vol. 233-234, n° 1, 2011

SJÖHOLM, J. & PASQUINELLI, C.
« Artist brand building: towards a spatial perspective» *in Arts Marketing: An International Journal*, vol. 4, n° 1/2, 2014, p. 10-24

STILES, K.
« Corpora Vilia: Valie Export's Body » *in Valie Export's Visual Syntagmatics*. Goldie Paley Gallery, 2000, p. 16–33

TAYLOR, D.
« A Savage Performance: Guillermo Gómez-Peña and Coco Fusco's "Couple in the Cage" » *in The Drama Review,* vol. 42, n° 2, 1998, p. 160-175

TREPPOZ, E.
« Exposition de Larry Clark : de l'exception artistique en droit pénal » *in Le Monde*, 18 oct. 2010

TRICOIRE, A.
« Les œuvres doivent rester libres » *in Libération*, 27 déc. 2006
« Le droit doit englober l'art de son temps », entretien avec E. Launet *in Libération*, n° 7977, 30 décembre 2006

VALIE EXPORT,
« Valie Export, interviewed by Ruth Askey in Vienna, 18 sep 1979 » *in High Perfomance*, vol. 4, n°1, 1981, p. 80

VAUTIER, B.
« Qu'est-ce que le Fluxus ? » in *Art Press*, n°13, sept.-oct. 1974, p. 11-13

VERHAGEN, E.
« Au-delà du cadre. L'art de la Performance » *in Études*, t. 398, n° 6, 2003

VERNEUIL, V.
« Les relations des sujets body art avec leur propre corps » *in Le Journal des psychologues*, n° 263, 2008, p. 59

WEITZ, M.
« The Role of Theory in Aesthetics » *in The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, vol. 15, n° 1, p. 27-35, sept. 1956

WRIGHT, S.
« Le dés-œuvrement de l'art » *in Mouvements*, vol.17, n° 4, 2001, p. 9-13

ZORLONI, A.
« Structure of the Contemporary Art Market and the Profile of Italian Artists » *in International Journal of Arts Management*, vol. 8, n° 1, 2005, p. 61-71

ZWINGENBERGER, J.
« Les corps mutants des artistes. Bio-art » *in Rue Descartes*, vol. 64, n° 2, 2009, p. 117-119

INDEX

TABLE DES MATIERES